Digitized by Google

UNIVERSITEITSB
90000014628

Jur 4021

Digitized by Google

Digitized by Google

Das

Römische Erbrecht

in seiner Stellung

zu vor- und nachrömischem.

Eine Abhandlung

der

Universalrechtsgeschichte,

von

Dr. Eduard Gans.

Zweiter Band.

Berlin, 1825.

In der Maurerschen Buchhandlung.

Digitized by Google

Das

Erbrecht

in

weltgeschichtlicher Entwickelung.

Eine Abhandlung

der

Universalrechtsgeschichte,

von

Dr. Eduard Gans.

Zweiter Band.

Berlin, 1825.

In der Maurerschen Buchhandlung.

Digitized by Google

Earum rerum naturaliter inter se pugna est, testatus et intestatus.

Pomponius.

BIBLIOTHÈQUE
DE L'UNIVERSITÉ
DE GAND

Digitized by Google

Vorrede.

An diejenigen geneigten Leser des vorliegenden zweiten Bandes, welche etwa, ohne mit dem ersten bekannt zu seyn, des bloß Römischen Inhalts wegen, diesem ihre vorzüglichere Aufmerksamkeit schenken wollen, muß ich die Bitte voranschicken, das Buch lieber ungelesen aus der Hand zu legen. Sie finden hier weder ein Handbuch des Erbrechts, das im Sinne hätte eine gedrängte Darstellung des Stoffes für den Lernenden zu geben, noch eine s. g. civilistische Abhandlung, deren Aufgabe es ist, die einzelne Theile des Stoffes zu untersuchen, und sie, nachdem derselbe nach allen Dimensionen, vornehmlich nach der der Breite zu, exegetisch critisch und dogmatisch bearbeitet worden, mit einiger Corpulenz und zu ehrenvoller Anführung in Handbüchern und Collegienheften geschickt zu entlassen. Das gegenwärtige Buch, indem es keineswegs die Anmaaßung hat, unter so ehrenvollem Namen zu erscheinen leistet auch wie billig auf die wichtigen Folgen dieses Titels Verzicht; es

würde selbst, wenn es dadurch Gefahr liefe aus der Literargeschichte des Römischen Rechts auf ewig verbannt zu seyn, bei dem eben abgelegten Geständniß verharren.

Die Aufgabe, die ich mir zu lösen vorgesetzt ist nicht die, wie ist das Römische Erbrecht? so daß das Nächste nun gewesen wäre, an eine anatomische Zerlegung desselben zu gehen, und es seiner Breite nach zu entwickeln, sondern vielmehr die, was ist das Römische Erbrecht? durch die veränderte Stellung dieser Aufgabe hat das Römische Erbrecht sofort seine absolute Bedeutung verloren: es hat lediglich den Werth eines Moments erhalten, oder man könnte auch die Aufgabe so stellen, wie verhält sich das Römische Erbrecht, zu anderem Erbrecht. Dieses Verhalten, diese Abhängigkeit ist es nun, welche die Substanz des Römischen Erbrechts ausmacht; andrerseits ist dieses Verhalten zu Andrem aber eben sein absoluter Werth, sein Begriff, dagegen das Verfahren den Römischen Stoff selbst als das Letzte zu betrachten, ihn zu gedankenloser Positivität herabsetzt und erniedrigt.

Die vorliegende Abhandlung ist somit das, als was sie sich ankündigt; eine Abhandlung der Universalrechtsgeschichte, die auf ihrer Reise und auf ihrem Durchzuge durch alle Volksgeister in diesem Bande im Römischen Staate einen längeren Aufenthalt macht; sie hat demnach den Gedanken der Römischen Geschichte aufzuweisen, und

Digitized by Google

denselbigen durch alle Gliederungen des Erbrechts hindurch in festem consequenten Gange zu begleiten. Dieser Logos ist es einzig und allein, der Interesse für sie hat, und das Einzelne Besondere und Bestimmte, ist nur in so fern zu berühren, als es vom Gedanken nicht ganz verlassen ist, sondern noch einigermaaßen mit dem Logos zusammenhängt und durch ihn belebt wird. Was aber als isolirte und durch und durch positive Bestimmung dasteht, und nicht wenigstens einen wenn auch nur schwachen Zusammenhang mit dem Gedanken hat, das ist entweder vollständig auszulassen, oder nur kurz als rein positiv, in äußerlicher Weise zu erwähnen. Aus diesem Gesichtspunkte, bitte ich den gegenwärtigen Band zu beurtheilen: wer in denselben eingehend, die Güte hat, mich über falsche Dialektik der Sache selbst zu belehren, kann auf meinen innigsten Dank Anspruch machen: alles andre Gerede, das etwa Aeußerlichkeiten und Einzelheiten betrifft, die ich entweder mit gutem Bewußtseyn unbeachtet gelassen, oder kürzer als sie ein andrer Zweck erheischen würde, dargestellt habe, kurz Alles, was von einem Standpunkte aus gesagt würde, den ich für untergeordnet halte, werde ich als bloßes Gerede betrachten müssen.

Wenn ich aber nach solcher Ablehnung nun näher gefragt würde, welches Publicum ich bei dem Abfassen dieses Bandes vor Augen gehabt habe, so gestehe ich allerdings in einige Verlegenheit zu gerathen. Die schmachvolle Gedankenlosigkeit in welche

durch die fortgesetzten Bemühungen der s. g. historischen Schule die Rechtswissenschaft jetzt versunken ist, wovon ich schon in der Vorrede zum ersten Bande Kunde gegeben habe, und die Ausstoßung alles Philosophischen und Substantiellen, so daß nur noch die Hülse des Einzelnen und Positiven übrig bleibt, läßt nicht hoffen, daß eine veränderte Bearbeitung des Stoffes, nach welcher der Gedanken oben auf, das Einzelne aber als dienend und abhängig erschiene, sich irgend einer eindringlichen Wirksamkeit bei denen zu erfreuen haben werde, die als Meineidige vor dem eigenen Hefte zu Schanden werden würden, das sie als Hörende empfangen und als Lehrende so oft schon überliefert haben. Das Schicksal, das im Allgemeinen der erste Band dieses Werks erfahren hat, giebt hierüber für den folgenden eine ziemlich unzweifelhafte Gewißheit. Während einige Modeblätter, spaßhaft genug, darüber hin und her geschwatzt haben, haben die gelehrten Assisen, und ihre von allen Seiten her zusammengetrommelten Geschwornen ihr Schuldig noch nicht vernehmen lassen. Dagegen hat allerdings die historische Schule den besten Ausweg ergriffen, der irgend zu ergreifen war. In den Mantel unantastbarer Vornehmheit, und eines für Geist geltensollenden Stillschweigens gehüllt, hat sie zur Tactik des Straußes geschworen, der bekanntlich nicht gesehen zu werden glaubt, wenn er nicht sieht. Man müsse heißt es in dem ersten Paragraphen dieser auch anderswo anwendbaren

Kriegskunst, keine Notiz von ausländischen und fremdartigen Erzeugnissen nehmen, wie sie der reiche Markt einer Universalrechtsgeschichte darbieten könnte: das sey Contrebande, und hemme die einheimische Industrie, nämlich das tägliche Lesen und Wiederlesen des Corpus juris. Dazu gehörten übrigens einige Sach- und Sprachkenntnisse, die unangenehm genug, in dem Corpus juris sich wiederum nicht vorfänden; weswegen man denn in große Verlegenheit gerathe, wie dieselbigen zu erlangen seyen. Begnügten sich doch die Muselmänner mit einem Buche, und wurden nicht müde es zu allen Tageszeiten zu lesen und wieder zu lesen: deswegen sey von allen so sonderbaren Bemühungen wie die universalrechtsgeschichtlichen sind, keine Notiz zu nehmen, und wenn doch einmal die Ignoranz das herrschende ist, so will man sie wenigstens mit Bewustseyn besitzen und ignoriren. Gegen so consequente Durchführung läßt sich am allerwenigsten von mir etwas einwenden, den die historische Schule, wenn sie auf Leben und Tod herausgefordert und ersucht wurde sich zu verantworten stets mit der Ausflucht von sich abgewiesen hat, daß so etwas höchst unbescheiden sey, und daß man zu solch einem Wagnisse ganz andre Waffen, wie die wissenschaftlichen, nämlich die Staatsdegen der Höflichkeit, die nie aus der Scheide gezogen werden, müsse zu führen wissen. Zu bedauren ist es nur, daß diese löbliche Consequenz nicht überall in allen Punkten der historischen Heereslinie durchgeführt

Digitized by Google

worden, sondern daß in entfernteren Seiten Unterbefehlshaber, wahrscheinlich ohne Wissen und Willen des Chefs zu isolirten Angriffen sich haben verleiten lassen, da sie, wie jener Titus Manlius doch bei dem Consul erst hätten anfragen müssen, ob solches erlaubt sey. Damit nun wahrscheinlich dieselbigen eine gewiß hart militairische Strafe nicht treffe, haben sie sich, nicht wie es sonst wohl für ehrliche Kämpfer um Wahrheit ziemlich ist, mit Aufrichtigkeit, und Männlichkeit an Widerlegung der gegnerischen Ansichten gemacht, sondern anstatt in das Schlachtfeld offen und kräftig zu treten sind sie ein wenig herumgegangen, laurend, ob sie nicht statt des deutschen ehrlichen Schwertes, den italischen Dolch ihrer Meuchelpolemik sollten anbringen können. Sie haben denn versichert, und zwar zunächst um sich über die eigne Einseitigkeit und den Schlendrian zu entschuldigen, daß ihre Bemühungen „sich in einem „engeren Kreise, als der ist, den man der Rechts„wissenschaft vorzeichnen könnte, bewegten" daß aber zu jenem höheren Gesichtskreise „ein gereifter Ver„stand und ein gediegenes Talent erforderlich seyen „um nur zu verhüten, daß die belobte Freiheit sich „nicht in Unsinn und Aberwitz verkehre und man „in dem an sich löblichen Bestreben sehr entfernte, „oder rein menschliche Verhältnisse in ihrem Wesen „zu erkennen, nicht aus voreiligem Irrthum eine „Wolke statt der Göttinn umarme." Hinzugefügt wird denn eine gutmüthige Warnung, daß man

„einiges Mißtrauen gegen jene den Wolken zuge„wandten Bestrebungen" haben müsse, namentlich wenn die „Kenner und Meister in den Anwen„dungen hochgehaltener Gedanken und Begriffe „große und gründliche Fehlgriffe erkennen." Um nun zu vermeiden, daß man nicht gezwungen werde diese Fehlgriffe aufzudecken, wobei man etwa Gefahr liefe, die eben aufgesetzte Krone der Kenner und Meisterschaft wieder einzubüßen, ist dieses „juristische Glaubensbekenntniß" zugleich mit der Bitte versehen man möge dieses „nicht auf bestimmte Thatsachen beziehen." Gegen diese Meuchelpolemik nun und gegen diesen feigen aber verläumderischen Geifer habe ich keine andre Rettung gefunden, als an Ort und Stelle, wo es hingehört (S. 267 273 291 in den Noten) die gründlichen Fehlgriffe, und die wolkige Wissenschaft des heimlich Anschwärzenden, wie ich meiner Natur nach muß, nicht mit bloß beliebigen Versicherungen, sondern in ehrlicher und offener Auseinandersetzung aufzudecken. Der geneigte Leser wird aus diesen Noten, und wenn er dem wörtlich Angeführten kaum Glauben beimessen kann, aus dem zur Hand genommenen Buche selbst ersehen, auf welcher Grundlage diese historische Wissenschaft der historischen Juristen beruht, wie (S. 293) ihnen Gesetz und Gewalt identisch sind, und wie, wenn man das Wesen dieser Lehre weiter verfolgen wollte, man ihre Wurzel, bei allem anscheinenden Widerspruche in jenem platten nivellirenden Demagogismus

unſerer Tage fände, der alles atomiſirt, und als Einzelnes und Particulares ſieht.

Wenn bei ſolchem Zuſtande der Wiſſenſchaft und ihrer Verbreiter ein Buch, das rein nur dem Gedanken zu huldigen vorgiebt, jene ſchlechte Behandlung zu finden fürchten muß, die man überall einem fremdartigen, und ſich als durchweg anders ankündigenden Beſtreben ſo gern bereitet, ſo iſt, wenn nicht alle Zeichen trügen, anderſeits zu erwarten, daß dieſe Herrſchaft der Gedankenloſigkeit in der Rechtswiſſenſchaft bald ihr Ende erreicht haben werde, und daß die Beſſeren und Wiſſenſchaftlicheren die bereits mit Unwillen alle philoſophiſche Bildung bei den Hiſtorikern vermißten, und ſich ſchon auf der Flucht aus den Feſſeln des Wortkrams befinden, endlich die allgemeine Richtung vorzeichnen werden, in der man ſich mit Freude als auf einem wahrhaft wiſſenſchaftlichen Gebiete werde begegnen können. Man frage die der Rechtskunde Geweihten, ob ſie von dem ſich über dem Römiſchen Rechte mit emancipirtem Geiſte bewegenden Thibaut eine würdigere Einleitung in ihre Kunſt gefunden haben, oder von denen, die ſelbſt noch unter der harten Knechtſchaft des Römiſchen Weſens ſtehen. Man frage die Freunde der Staatswiſſenſchaft, ſelbſt wenn das Recht ihr Beruf wäre, ob ſie nach der Weiſe wie die Wiſſenſchaftlichen das Privatrecht behandlen, dieſer trockenen gedankenloſen Wiſſenſchaft irgend einen Geſchmack abgewinnen können, und ſie nicht vielmehr denen

Digitized by Google

überlassen, die nun einmal angesetzt sind, die empfangene unter gegenseitig conventionellen Begrüßungen, und unter hergebrachter Schickung in den nun einmal todten Stoff zu pflegen.

Alles zeigt, sage ich, daß sich dieses verändern werde. Schon von mehreren Seiten habe ich, seit dem Erscheinen des ersten Bandes dieses Werks Anklänge vernommen, die einem Freunde der Wissenschaft überaus wohlthuend seyn müssen. Die Herren Abegg *) in Königsberg und Jarke **) in Bonn haben in den Einleitungen und Vorreden der angeführten Schriften, auf eine so würdige und erfreuliche Weise von dem Verhältniß der Philosophie zur Rechtswissenschaft gesprochen, daß man nur bedauren muß, daß es nicht in ihrem Plan gelegen hat, diese Grundsätze in der Entwickelung der Sache selbst anzuwenden. Vor allem ist hier der Dissertation eines jungen Freundes des Herrn Dr. Michelet***) lobende und dankende Erwähnung zu thun, der sich die Bitte zugesellt, es möge dieses nicht das Letzte seyn, was er im Fache der vergleichenden Rechtswissenschaft leistet. Diese besseren Bestrebungen sind, wie alle freudig anerkennen, das Werk Hegels, jenes deutschen Aristoteles, den zu dem Unsrigen gemacht zu haben eines der unsterblichsten Verdienste dessen ist, dem die Sorge unserer wissenschaftlichen Bildung übertragen worden.

*) Encyclopädie und Methodologie der Rechtswissenschaft in Grundrisse. Königsberg 1823.

**) Versuch einer Darstellung des censorischen Strafrechts der Römer. Bonn. 1823.

***) De doli et culpae in jure criminali notionibus Berol. 1824.

Diesen Männern nun, wenn ihre Zahl auch gering seyn sollte, und denen die sich anschließen, übergebe ich mit Schüchternheit den gegenwärtigen Versuch; das Erbrecht des Römischen Volks auf dessen Gedanken zurückzubringen. Wiewohl sich derselbe an den ersten Theil dieses Werks auf das Genaueste anfügt, so bitte ich dennoch zu berücksichtigen, daß in einem Rechte, wie das Römische, wo der zerlegende Verstand alles Substantielle zerfahren und auseinandergezerrt hat, die Aufweisung dieses Substantiellen eine schwierigere Aufgabe ist, als etwa dies bei der Natürlichkeit des Orientalischen und der Schönheit des Griechischen Rechts der Fall war, oder bei der Innerlichkeit des Germanischen Rechts der Fall seyn wird. Wie wenig dieser Arbeit auch das Prädicat einer vollkommenen zukommen kann, von welcher Ueberzeugung ich selbst fest genug durchdrungen bin, und wie schwach im Ganzen noch dieser Versuch ausgefallen ist, so bin ich doch der eben so festen Ueberzeugung, daß der eingeschlagene Weg der einzig mögliche ist, dem Privatrecht eine wissenschaftliche Form zu geben.

Und so möge denn dieser Band entlassen seyn, um sich selbst sein Daseyn durchzukämpfen, oder zurückzutreten, dafern ihn die Uebermacht der physischen Gewalt dazu zwänge. Unbekümmert um dieses Schicksal, werde ich, wenn mir Kraft bleibt, fortarbeiten, wie ich fortarbeiten muß.

Der dritte Band, der das nachrömische Erbrecht enthält, wird mit einem Register über das ganze Werk versehen seyn. Berlin, den 1sten December 1824.

Dr. Eduard Gans.

Digitized by Google

Inhalt.

	Seite
Einleitung. Griechenland und Rom	1
Erstes Kapitel. Das Römische Erbrecht nach der Seite seiner Bewegung	29
Zweites Kapitel. Das System der Willkühr, oder das testamentarische Erbrecht	145
Drittes Kapitel. Das System der Familie oder das Intestaterbrecht	241
Viertes Kapitel. Die Identität beider Systeme	409
Fünftes Kapitel. Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest	451
Sechstes Kapitel. Hereditas und bonorum possessio	463

Digitized by Google

Digitized by Google

Zweiter Abschnitt.

Das Römische Erbrecht.

Einleitung.

Griechenland und Rom.

Der Uebergang und die Weiterbewegung der Griechischen Familie in die Römische ist am Ende des vorigen Abschnittes, als die der schönen Identität des Endlichen und Unendlichen, in die Zerreißung beider zu schroffem Gegensatze angekündigt worden. Das Nächste, der Ausgangspunkt dieses Abschnittes wird daher seyn, diesen Uebergang selbst ins Auge zu fassen.

Die Hellenische Welt, als die Welt der heiteren jugendlichen Schönheit, hat unmittelbar das in sich, eine Welt von kurzer Dauer zu seyn. Wie sie nicht einer langen vorbereitenden Geschichte bedarf, um als das, was sie ist, aufzutreten, sondern, wie sich ihr Princip plötzlich bei der ersten äußeren Veranlassung ohne weiteres vorhergehendes Abmühen, vorfindet, eben so wenig kann bei ihr von einem langen Ausharren und von einer wirksamen Thätigkeit aus diesem Principe heraus die Rede seyn, so daß es eine völlige Breite für die Herrschaft dieses Princips und eine andre für die Abnahme und den endlichen Verfall desselben gäbe. Vielmehr ist, wie schon gesagt wor-

Digitized by Google

den, dies das Wesen des Princips selbst, sogleich zu verschwinden, oder die Hellenische Welt ist die Welt des augenblicklichen Verschwindens selbst. Die Blüthe ist nur das, unterzugehen und die Frucht zu gebähren.

Indem es somit in dem Wesen dieser Welt liegt, daß ihre Existenz zugleich ihr Untergang ist, muß sich dieses Verschwinden an ihr selbst hervorthun, und das Hervorgehen des folgenden Princips sich so in ihr selbst aufzeigen lassen. Als Welt der jugendlichen Schönheit ist die Hellenische aber eben so eine Welt des Maaßes und der Mitte. In dem Maaße liegt das Ausgeschlossenseyn der quantitativen Verbreitung, oder vielmehr das, daß im Maaße der unendliche quantitative Progreß, als zu seinem Qualitativen zurückgekehrt ist. Es ist daher die kleine Localität eine nothwendige Grundbedingung des Hellenischen Lebens, eben so die Vielfachheit von Freistaaten [1]) zu deren Bedeutung wesentlich das gehört, keinen äußerlichen Umfang zu haben. Der Sieg der Griechen über den Persischen Staatscoloß ist die Höhe des Kunstwerks, das in kleinem Raume begränzt, über das weitläuftige Material spotten darf, in das kein Geist gedrungen ist. Aber eben dieser Sieg trägt schon von selbst das tiefere Verderben in sich, die innerliche Welt der jugendlichen Schönheit mit dieser äußerlichen in Berührung gebracht zu haben. Wie es der Augenblick ist, in welchem die Hellenische Welt zu ihrem wahrhaftigen Principe gelangt, ist es derselbige Augenblick, der auch schon ein Hinausgehen über dieses Princip enthält: der Blitz der das Griechische Daseyn erleuchtet, ist derselbige der es auch tödtet. Die Hellenen sind von nun an, an eine äußerliche jenseitige Welt gewiesen, an der sie sich abzuarbeiten, äußerliche Zwecke und Ab-

1) S. 1. Band, S. 284.

sichten zu erreichen, und eine ihrem Geiste fremde Thätigkeit zu vollführen haben. So lange diese äußerliche Welt noch die Jenseitige, mit dem ganzen Unterschiede des Fremden und Barbarischen Behaftete bleibt, erhält sich das Griechenthum in dieser seiner Verschiedenheit, welche eben sein Princip ist. Wie aber dieses Jenseitige endlich zu einem Diesseitigen gemacht wird, das man nicht bloß abwehrt, sondern dessen Boden man betritt, und nach dessen Besitz man zu ringen anfängt, ist zugleich das Griechische Maaß in die Maaßlosigkeit übergetreten, und die That, wodurch die Zerstörung der Griechischen und Persischen Welt zugleich vollbracht wird, ist so eine dem Griechenthum unangemessene ungriechische That.

Es ist nämlich vollkommen bezeichnend, daß die Organe für diese Hinausführung des Griechischen Lebens über sich selbst, nur halbgriechische sind, auf die die Hellenen, wie auf zu ihnen nicht gehörige Barbaren hinsehen, die sich selbst aber gern in dem Griechenthum festsetzen, und es zu dem ihrigen machen möchten. Die Macedonischen Helden geben aber eben darin, daß sie nach dieser Griechischen Einheit streben, das Zeugniß, daß die Griechische Welt aufgehört habe als solche zu seyn, und daß das eigene Bewußtseyn den tiefen Bruch schon empfunden habe. Um dieses zur völligen Realität zu bringen muß Griechenland selbst erst bezwungen werden, damit es als ein Bezwingendes auftrete. Dieses, eine gewaltige Einheit und Macht zu werden, und nach Außen hin zu erobern, ist so unmittelbar sein Tod, daß es im Bewußtseyn desselben sich nicht eher dazu entschließt, als bis es selbst dazu gezwungen ist.

Die Eroberung des Persischen Reiches ist somit der Versuch die Griechische Welt in die Räumlichkeit zu versetzen, oder mit anderen Worten, das zu seinem Ursprunge

Digitized by Google

zurückgekehrte Griechenthum. Einerseits ist es allerdings der höchste Triumph des Gedankens über die Gedankenlosigkeit, des Geistigen über das Materielle: der Triumph des Folgenden über das Vorangegangene, und von dieser Seite kann die That Alexanders als die höchste Griechische That betrachtet werden. Andrerseits ist es aber eben so ein Triumph für das Erste, zu dem zurückgekehrt wird, und es darf sich eben so rühmen das Geistige bezwungen, und wiederum an die Stelle des Maaßes die Herrschaft des Quantitativen gesetzt zu haben. Indem einem Theile des Orients der Stempel Griechischer Bildung somit aufgedrückt wird, hüllt sich das Griechenthum eben so mit einer Art von Wohlgefallen in den weit umfließenden Mantel der Orientalischen Vielheit.

Aber die Welt des Maaßes hat die Unangemessenheit unmittelbar an sich, über die Welt des Quantitativen, über die Welt des Einen und des Vielen herrschen zu wollen. Das zertretene Kunstwerk übt, im Raume umhergeworfen, nur eine winzige Herrschaft aus. Indem das Griechenthum sich zu einer erobernden Einheit zusammenrafft, ist es nur dieses Zusammennehmen, zu dem es gelangen kann, dieser Blitz des Entschlusses, dem die That auf dem Fuße folgt. Die That Alexanders ist nothwendig die Jünglingsthat weniger Jahre, nicht sowohl eine mühsame Arbeit, als ein glücklicher Wurf. Vom Entschlusse bis zu ihrem Ende hat sie statt der männlichen Besonnenheit die Genialität des Augenblicks zu ihrer Natur. Aber eben deshalb trägt sie selbst dieses Bestandlose in sich: sie ist selbst das kein Resultat zu haben. Hieran zeigt sich noch einerseits die Wirksamkeit des Hellenischen Princips an ihr selbst, daß es nämlich bloß die That als That sey, nicht um des zu Erringenden und zu Besitzenden willen, das Kunstwerk, das nicht um eines Höheren

Digitized by Google

willen gilt. Daher muß diese That nothwendig die tragische Catastrophe haben, daß ihr Held mit ihr zugleich untergeht, und in diesem Untergange, welcher die reinste Identität mit der That ist, das Resultatlose derselben ausspricht, oder auch das Resultat, daß sie nicht für etwas Anderes außer ihr sey: Andrerseits ist es die Rache des Griechischen Princips gegen sich selbst, die Ohnmacht des über sich hinausstrebenden Schönen zur Kraft und Gediegenheit einer anderen Welt zu gelangen. Das Griechenthum als Weltherrschaft, ist das augenblicklich wieder auseinandergehende Reich, oder die Eroberungen Alexanders sind das nothwendig wieder zu zerfallen.

Die Nachfolger Alexanders sind nun die Repräsentanten des unenergischen, unwirksamen und machtlosen Einbildens des Schönen in die Welt des Endlichen und des Zweckes. Zunächst macht sich dieses endliche Treiben und Toben an ihnen selbst sichtbar, indem sie gegen einander aufstehn, bald zu gewaltiger Höhe, bald in unglaubliche Niedrigkeit gelangen, indem Reiche ohne Bestand entstehen, fallen und sich wieder erheben. Im Inneren der sich erhaltenden Reiche thut sich dieser Kampf des Endlichen als leere und jammervolle Verwüstung, als geist- und gedankenlose Vegetation, als eine unreine Geschichte hervor, und wenn man von Egypten absieht, wo der flüchtige Griechische Geist, ein ruhiges gleichförmiges, aber darum auch unlebendiges Asyl findet, so ist die Geschichte jenes Griechischen Orientalismus, einer jener ekelhaften, mittleren, begriffslosen Zustände, aus denen der Geist geflohen zu seyn scheint, ohne daß sich ein neuer darin festgesetzt hat, so aber daß man die Flucht des alten Geistes zu fühlen verdammt ist. Der Weltgeist nimmt hier von dem Griechenthume, als von seinem bisherigen Organe, Abschied: es hat seine Berechtigung für die Geschichte verloren, und

Digitized by Google

wenn es als kleinere Staaten, als Sprache Kunst und Wissenschaft, als das dienende und lehrende Instrument, endlich als Erinnerung und Beispiel, noch bisweilen seine beiherspielende wohl auch nachdröhnende Kraft erweist, so ist dieses weit mehr die That des folgenden Princips die solches Handeln gestattet und trägt, als daß es auf Rechnung des Griechenthums selbst käme. Das Griechenthum ist unwiderruflich an ein anderes Princip übergegangen.

Derselbige Gang, den die Geschichte der Griechischen Wirklichkeit genommen, sich aus einer Welt des Schönen zu einer Welt der Besonderheit und des Zweckes zu entfalten, ist auch in der Welt des Gedankens und in seiner Bewegung eben so sichtbar. Mit Socrates beginnt jene tiefe Zerstörung des bis dahin in ungetrübter Reinheit erblühenden Griechenthums nach der Seite des Gedankens. Er ist es, welcher in das bis zu ihm als naive plastische Sitte, als Geschlechts- und Familienleben, als heitere, unbefangene und schöne Anschauung bestehende Hellenische Wesen, den tiefen Bruch hineinbringt, daß nun das Innerliche des Selbstbewußtseyns, als der ausschlaggebenden Entscheidung auf den Thron gehoben wird. [2]) Und wenn diese Innerlichkeit auch bei ihm nur als das abstracte Gute erscheint, dem seine Gliederung und Entfaltung noch nicht geworden ist, wenn auch die äußerliche Welt der Schönheit, der Familie, der plastischen Götter, noch unangetastet und in alter Bedeutung stehen geblieben zu seyn scheint, so ist sie dennoch nicht mehr das Alles in sich schließende Ganze, das nichts außer sich hat, sondern sie ist mit einem Jenseits behaftet, das sie nicht mehr über-

2) S. über diesen Dämon des Socrates die treffliche Darstellung Hegels Philosophie des Rechts §. 279. S. 289.

Digitized by Google

winden kann. Diese Innerlichkeit, dieses Gute, wie sehr es auch die Götter, den Staat, die Familie ehrt und aufrecht erhält, hat doch dieses Feindselige in sich, sie zur Verantwortung und Rechtfertigung vor das Forum des Gedankens zu zwingen, und bezweckt in so fern nichts Anderes, als ihre völlige Zerstörung, und gänzliche Auflösung. Die weitere Stufe nun des sich mit der schönen Wirklichkeit entzweienden, und ihr gegenüber tretenden Gedankens ist die Philosophie des Platon. In ihr gliedert sich derselbe, welcher bei Socrates noch als die abstracte Tugend erscheint, schon zu einer göttlichen Welt des Schönen, Guten und Gerechten. Aber theils ist diese Welt noch eben so abstract in ihren göttlichen Grund versenkt, und noch nicht aus demselben entlassen, und in ihrer Besonderheit hervortretend, theils hat diese Philosophie selbst noch die mythisch-künstlerische Form der Griechischen Sittlichkeit an sich, so daß wenn z. B. der Platonische Staat einerseits als ein leeres, der Seite der Subjectivität gänzlich ermangelndes Ideal erscheint, er dennoch seinem Grundwesen nach nichts anders, als das wahrhaftige Griechenthum in der Form des Gedankens ist. [3]) Auf diese Weise kann Platon als der höchste Gipfel der Griechischen Philosophie angesehen werden. Denn die folgende und höhere Stufe des Geistes, Aristoteles, ist schon über das Hellenische Wesen vollkommen hinausgegangen, und eben seine Tiefe ist es, was das Ungriechische an ihm ausmacht. Indem nämlich bei ihm sich das Unendliche und Göttliche nicht mehr als das abstract Unendliche und Göttliche vorfindet, sondern zu seiner Endlichkeit und Besonderheit ausgearbeitet und befreit ist, indem bei ihm das Wahre als ein Concretes, als Einheit des Unendlichen

3) S. Hegels Philosophie des Rechts. Vorrede S. XIX.

Digitized by Google

und Endlichen auftritt, ist auch jene Form des Mythos, jenes künstlerisch dramatische Gewand zugleich verschwunden, das noch die Philosophie des Platon zu einer wahrhaft Hellenischen macht. Aber den Gedanken in Form des Gedankens haben, wie Aristoteles, heißt eben über das Griechenthum hinausgegangen seyn, das den Gedanken nur als Einheit des Sinnlichen und Geistigen, in Form der Kunst zu ertragen vermag. Wie Alexander eine dem Griechischen Geiste unangemessene That beging, das Griechenthum in den Raum und in die Quantität überzusetzen, andrerseits aber die höchste Griechische, so kann auch beides mit Recht von Aristoteles gesagt werden. Es ist selbst hier nicht ohne Bedeutung, daß es der Lehrer des Alexander war, welcher, wie dieser die Eroberung und Weltherrschaft im Raume begründete, so die Eroberung des Unendlichen im Gebiete des Endlichen, und des Gedankens, einzig und allein aus sich, ins Werk setzte. Man kann diese Vergleichung der Weltherrschaft des Alexander und der Gedankenherrschaft des Aristoteles noch weit mehr verfolgen, als es bisher geschehen ist. Wie die erste, bleibt auch diese letztere keineswegs in ihrer Ganzheit Vorwurf und Grundlage der Griechischen Philosophie, sondern theils ist sie nur das zu frühe in Bereitschaft liegende, an das, als an ihr Eigenthum sich erst eine weit spätere Christliche Welt machen kann, theils zerfällt sie, wie das Reich Alexanders, unmittelbar in mehrere einander gegenüber stehende sich bekämpfende Philosophien, deren jede sich eines einzelnen, einseitigen, abstracten Princips bemächtigt: in die praktischen Philosophien des Handelns, des Zweckes, der Glückseligkeit überhaupt, mögen sie sich theils als abstractes Denken (Stoicismus), theils als die eben so abstracte Empfindung (Epicuräismus) oder auch als die Aufweisung der Einseitigkeit

beider (Skepticismus) geltend machen. Alle diese Philosophien haben, wiewohl sie von Griechen herstammen, den Hellenischen Character vollkommen abgethan: sie sind erst aus dem folgenden Principe, das nun in der Geschichte aufgeht, zu begreifen.

Die Welt des Zweckes und des Handelns, des Kampfes des Endlichen und Unendlichen, wie sie nun in diesem Uebergange eingetreten ist, bedarf nämlich frischer und kräftiger Organe, welche sie von vorn herein darstellen, und welche nur dieser Darstellung gewidmet sind. Die Welt der Schönheit hat die Ohnmacht unmittelbar an sich, in der Welt des Zweckes auftreten zu können. Die Organe für dieses folgende Princip aber sind die Römer. Wie ausführlich auch in der dieses Buch eröffnenden Einleitung von dem Principe der Römischen Geschichte und des Römischen Rechts gesprochen worden ist, so kann doch nicht unterlassen werden es hier wiederum aufzunehmen, weil es das Eine ist das alles Folgende setzt und aus dem dasselbe entwickelt wird, so daß man nicht entbehren kann, es durchaus in frischer Gegenwärtigkeit zu haben.

Die Römische Welt ist die des Kampfes des Endlichen und Unendlichen, oder abstracter Allgemeinheit und freier Persönlichkeit. Es ist nothwendig daß die Darsteller und Organe dieses Kampfes, eine unter einander verschiedene Existenz haben; der Kampf könnte nicht als solcher auftreten, wäre nicht das vollkommen Heterogene des Ursprungs und der Weisen beisammen. Die Römische Geschichte ist daher nothwendig die Geschichte zweier zusammengegebener ganz verschiedener Völkerschaften: indem diese Verschiedenheit beisammen ist, ist der Kampf ursprünglich gesetzt; es ist nicht mehr die Welt des Schönen, die sich in einen unangemessenen Kampf außer sich

Digitized by Google

selbst einläßt, sondern es ist die Welt des Krieges, die ihre Berechtigung dazu darin aufweisen kann, als Krieg geboren zu seyn: sie führt keinen Krieg: sie ist in ihrem Frieden der Krieg selbst, der zweiköpfige Janus, dessen Tempel nur geschlossen werden, um sich wieder zu öffnen.

Es darf hier nicht unerwähnt bleiben, daß es das unbestreitbare Hauptverdienst der Niebuhrischen Darstellung Römischer Geschichte ist, die Geschichte Roms in der Geschichte dieses Kampfes erblickt, und ihn selbst als Wendepunkt und Bedeutung dieser ganzen Geschichte aufgefaßt zu haben. So sehr dieses auch nur auf historische Weise geschehen ist, so wichtig ist es dennoch für den Begriff, daß man nicht mehr in den beiden gegenüberstehenden Organen und Darstellern des Kampfes, als des Substantiellen der Römischen Geschichte, durch zufällige Willkühr des ersten Stifters abgetheilte und nebeneinander gestellte Klassen sieht, sondern daß diese Verschiedenheit den stärkeren und natürlichen Ausgangspunkt des verschiedenen Ursprungs und der ganz abgesonderten Volksthümlichkeit enthält, daß mit einem Worte es nicht zwei Classen sondern zwei Völker sind, die einander gegenüberstehen. Es ist dies daher der große Fortschritt, der Niebuhr verdankt wird, in der Römischen Geschichte, die Bewegung zweier zur Gemeinschaft verdammter Völker gegen einander, in voller Lebendigkeit gezeigt, und so diesen Kampf, mit Hintenansetzung des weit Untergeordneten zum Hauptsächlichen erhoben zu haben.

Der Kampf, der somit das Wesen der Römischen Geschichte ist, kann als der der Nothwendigkeit und Freiheit, der abstracten Allgemeinheit und der freien Persönlichkeit, oder auch als der des Unendlichen und Endlichen genannt werden. Die Seite der Naturnothwendigkeit, des Unendlichen, der Allgemeinheit haben die Patricier,

Digitized by Google

die der Freiheit, der Persönlichkeit, des Endlichen, haben die Plebejer darzustellen. [4]) Es ist also nunmehr eingetreten, daß während im Orient das Besondere in seinen Grund versenkt, in Hellas aber die Einheit des Besonderen und Allgemeinen als die Welt der Schönheit hervorgetreten war, jetzt in Rom das Endliche dem Unendlichen gegenübertritt, es zum Kampf herauszufordern. Jedes Unendliche aber, das mit dem Gegensatz des Endlichen behaftet ist, und dieses nicht anerkennt und in sich enthält, ist selbst nicht das wahre sondern das schlechte Unendliche, ein Unendliches, das selbst endlich ist. [5]) Es kann also die Römische Geschichte eben so, als die Geschichte der mit einander kämpfenden Endlichkeiten, Bestimmtheiten und Zwecke bezeichnet werden, als der Progreß ins Unendliche, wo immer von einer Endlichkeit zur anderen fortgegangen wird.

Dieses Wesen der Römischen Geschichte aber, das beständige Fortgehen von einer Endlichkeit zur anderen zu seyn, giebt ein anderes wichtiges Moment dieser Geschichte. Von der Orientalischen Geschichte hat mit Recht gesagt werden können, daß sie gar nicht in der Zeit zu liegen scheine, daß sie vielmehr die räumliche Geschichte, der absolute Anfang, das Naturgeschichtliche der Geschichte genannt werden müsse. [6]) Dagegen trat in Hellas die Geschichte zum erstenmal in Form der Zeit auf. Ja es ist die Zeit vielmehr so sehr die einzige Categorie dieser Welt, daß das Räumliche in ihr ganz verschmäht und zurückgestoßen ist, daß ihr Hinausgehen in den Raum zugleich ihre absolute Vernichtung ist. Weil aber Griechen-

4) S. 1. Bd. S. 4 u. folg.

5) S. Hegel Wissenschaft der Logik. 1. Bd. S. 82 u. folg.

6) S. 1. Bd. S. 56.

Digitized by Google

land eine Welt der Schönheit ist, und so das wahre Unendliche des Begriffes enthält, das außer Zeit und Raum überhaupt liegt, so ist das Griechenthum nur in so fern in der Form der Zeit, daß es die verschwindende Welt überhaupt darstellt: die Griechische Welt ist nur in so fern in der Zeit, als sie nicht im Raume ist; sie hat nur von der Zeit die Seite des Verschwindens, nicht die des sich wiederholenden Entstehens, sie ist in der Zeit, aber nur um zu vergehen. Das Römische Reich ist aber als das des Fortgangs von einer Endlichkeit zur anderen gefaßt worden. In so fern ist diese Geschichte sowohl im Raume, wie in der Zeit, weil diese Fortbewegung nur als die Identität von Raum und Zeit existiren kann. Sie ist nicht wie die Orientalische bloß im Raume, so daß alle Gestaltungen die frühen wie die spätesten, im Frieden des Nebeneinander ruhen, und keine die andre verdrängt, noch wie in Hellas nur in der Zeit, als bloßer Negation des Raumes, und als das sofort Verschwindende, sondern als die beständige Fortbewegung von einer Endlichkeit zur anderen von einem Zwecke zum anderen, hat sie nothwendig die Form des Raumes wie der Zeit an sich. Sie ist also die in weiter Ausdehnung sich bewegende Geschichte, die eine ungeheure Breite des Raumes wie der Zeit zu ihrer Vollbringung verlangt. Sie ist zuerst die Geschichte des wirklich bestehenden Weltreichs, oder sie ist auch zuerst die Geschichte von der man sagen kann, daß sie Perioden habe. 7)

---

7). Es ist eine ganz richtige Einsicht des Cato, die ihm Scipio in der neu entdeckten Republik des Cicero in den Mund legt, Liber II. p. 39. 40. ed. Bonn. minor.: „nostra autem respublica, non unius esset ingenio, sed multorum, nec una hominis vita sed aliquot constituta saeculis et aetatibus." Auch hier ist dies im Gegensatz von Griechenland gesagt.

Digitized by Google

Diese Perioden der Römischen Geschichte werden nun näher zu betrachten seyn. Da es der Grundbegriff derselben ist, die Welt des absoluten Gegensatzes abstracter Allgemeinheit und freier Persönlichkeit zu seyn, so liegt unmittelbar darin, daß die besonderen Perioden dieser Geschichte nicht so verschieden sind, daß sie nicht alle in diesem Grundbegriff des Gegensatzes und des Kampfes der Endlichkeiten miteinander übereinkommen. Der Unterschied ist vielmehr ein durchaus nur quantitativer der im Steigen und Abnehmen seine Wesenheit hat. Die Perioden beziehen sich daher auf die Vorbereitung zum Gegensatz, auf die Höhe desselben, und auf sein allmähliges Schwachwerden und Zusammenfallen. Die Substanz bleibt unverändert dieselbe, der Kampf der Endlichkeiten und Zwecke, nur daß die Rüstung zu diesem Kampf und seine Abspannung innerhalb desselben selbst fallen. In der Kraft oder Abspannung liegt es eben so, wenn die Zwecke, welche verfolgt werden, und um die man sich abmüht, verschiedenartige zu seyn scheinen, oder wenn die Richtungen der verschiedenen Perioden verändert sind. Allen liegt als Letztes jedoch dieses Fortgehen von einer Endlichkeit zur anderen zu Grunde.

So viel und verschieden man nun auch die Römische Geschichte periodisirt hat, und in wie viele äußerliche Abschnitte man sie auch theilt, so sind es doch nur drei, welche als wahrhaftige Perioden gelten können, und die eben so begriffsmäßig sind als sie mit den verschiedenen Staatsveränderungen Roms zusammenfallen. Es sind dieses die Periode des noch eingehüllten und identischen Gegensatzes, oder das Königsthum, die Periode des zur Wirklichkeit gewordenen und herausgetretenen Gegensatzes, oder die Republik, und die Periode des nachlassenden, erschlaffenden, und ineinander gehenden Gegensatzes, oder das Kaiserthum.

Digitized by Google

Die erste Periode des noch eingehüllten und identischen Gegensatzes, oder das Königsthum, hat zunächst in sich noch den Zusammenhang mit der vorangehenden, da noch in ihrer Blüthe bestehenden Weltstuffe. Die Einheit des Unendlichen und Endlichen, welche dort als künstlerische Schönheit erschien, hat hier mehr den religiösen Character einer Priesterherrschaft, die dennoch die Endlichkeit und Persönlichkeit nicht wie im Orient absorbirt, sondern dieselbe in ihrer Sphäre frei gewähren läßt. Die Gegensätze, die späterhin mit aller Macht gegen einander kämpfen, sind zwar bereits als diese Gegensätze vorhanden, aber in ruhigem Beieinanderseyn, gemäßigt und auseinandergehalten, durch das Daseyn einer Einheit, welche in Form der königlichen Gewalt, zwar der Selbstständigkeit beider Gegensätze keinen Eintrag thut, aber doch durch die Macht ihres Daseyns diesen Ausbruch hindert und unterdrückt. Wie in Griechenland das was das Substantielle und Orientalische an ihm ist in dem Schleier Egyptischer Räthselhaftigkeit erschien, hier aber zur offenbaren Schönheit, gemäßigt und umgearbeitet wurde, so muß auch die in ihre Momente wiederum zurückgegangene Schönheit, da sie selbst, wie gezeigt worden, sich zu einer Welt der Endlichkeit und des Zweckes nicht entfalten kann, zum Resultate haben, daß diese ihre Momente, ihrer schönen Einheit entlassen, selbstständig wiederum auftreten. Die Egyptische Hieroglyphe, die Welt der mysteriösen Verhüllung, deren Schicksal es ist die nackte Form heiterer Schönheit in Griechenland anzunehmen, tritt also als das eine Moment in Rom eben so auf. Es ist dieses die Etruskische Seite des Römischen Dualismus, das Egyptische Princip, das zwar Besonderheiten aller Art anerkennt und festhält, diese aber an das dunkle Heiligthum der Priester, als an den sie enthaltenden und aus

Digitized by Google

sich herauslassenden Grund weist. Bei den Etruskern wie bei den Egyptern ist schon dieser Fortschritt von der Orientalischen Substanz vorhanden, daß nicht mehr die Gottheit als solche das ist, was alles setzt und enthält, sondern daß es vielmehr die Priester sind, die als dieses Setzende erscheinen, die Gottheit aber mehr in den Hintergrund des Geheimnisses gezogen ist. Dies, was gerade der gemeinen Ansicht als das Schlechteste und Gefährlichste erscheint, wohl auch zu Declamationen über Betrug u. s. w. veranlaßt, hat das Tiefere des Fortschrittes in sich, daß es nun nicht mehr ein abstractes und leeres Jenseits ist an das die diesseitige Welt der Wirklichkeit gewiesen wird, sondern daß es Menschen sind, die als die Leiter dieser wirklichen Welt auftreten. Die göttliche Vollmacht, die sie haben, ist nicht mehr ein unmittelbares sondern zurückgedrängtes, und wenn die Priesterkaste auch als die Alleinberechtigte erscheint, so sind es doch Menschen, die berechtigt sind. Es ist nicht mehr braminische Indolenz, sondern die kräftige Regung menschlicher Gestalten. Von dieser Egyptischen Priesterherrschaft ist dann nur noch ein Schritt bis zu Hellenischer Weise, bis zu dem zwar noch nicht ganz durchgebildeten aber doch wenigstens bis zur Aeußerlichkeit der Gestalt durchgebrochenen Antropomorphismus der Gottheit selbst. Das eine Princip, das somit von vorn herein in der Römischen Geschichte sich vorfindet, das Etruskische, oder Europäisch-Egyptische, stellt das religiöse Bewußtseyn als den Inhalt alles Seyns, eben so in Form und Gestalt einer Priesterherrschaft auf. Das Substantielle des Glaubens ist somit durch seine Organe selbst schon zur individuellen Besonderheit ermäßigt und herabgebracht; es ist nicht mehr die Unmittelbarkeit der Religion, die alles enthält, sondern sie ist ein gleichsam privatrechtliches Besitzthum, sie ist mit dem Jahre, der Wissenschaft und der

Digitized by Google

Kunst, ein Eigenthum, und dies ist der Grund ihrer Herrschaft. Indem so das Substantielle zur Abstraction des Eigenthums geworden ist, liegt unmittelbar das in ihm, bestritten zu werden. Die Berechtigung hat durchweg die andere Berechtigung gegenüber, welche sie anfeindet. Weil es nicht die Religion selber ist, welche das ganze Leben für sich vindicirt, sondern nur die zur Religion Berechtigten, so schwindet der Inhalt über die Frage nach dieser Berechtigung selbst. Man kann nun in Beziehung auf die erste Periode der Römischen Geschichte, auf die Periode des Königthums sagen, es sey die Zeit die es noch mit dem Inhalt zu thun hat, ein Inhalt der bald dem Streite als solchem Platz macht, also nur ein äußerer Vorwand dieses Streites ist, an sich aber mager und dürftig. Die spätere Zeit, als die Zeit des Streites κατ' ἐξοχήν, sieht sich immer genöthigt, wenn vom Inhalte die Rede ist, auf die Zeiten des Königsthums, auf die Zeiten des Romulus und Numa zurückzukommen. Es sind dies die einzigen positiven Jahrhunderte der Römischen Geschichte wo von Gründung, von Institutionen die Rede ist, die einzigen Jahrhunderte die ein Erbauen enthalten. Was die Zeit der Republik betrifft, so ist jede Institution nur die Verneinung einer anderen. Es handelt sich nicht um das Concrete einer Einrichtung sondern jede Einrichtung ist nur eine Bestreitung. Ist aber dieses, die Welt des Streites zu seyn, der eigentliche Character der Römischen Geschichte, so folgt daß die Jahrhunderte des Königsthums als die positiveren des Inhalts einen ungeschichtlichen Character haben. Wie prosaisch und langweilig sie auch an sich sind, müssen sie im Gegensatz der Republik, als das mythische Zeitalter erscheinen. Denn weil das Geschichtliche der Streit als solcher ist, ist nothwendig der noch verhüllte Kampf, das jenseits der Geschichte liegende Mythische.

Es

Es ist daher eine tiefe Einsicht Niebuhrs, wenn er die königliche Geschichte als ein Gedicht der älteren Zeiten bezeichnet; das, ob sie sich ereignet habe oder nicht, ist nicht die Frage, auf die es ankommt, sondern, daß sie im Verhältniß zum Folgenden durchweg den Character eines Epos trägt. Die sieben Könige Roms sind in diesem Sinne, die dichterischen Heroengestalten einer sonst schon sehr geschichtlichen Zeit, und es ist eine durchaus eben so naive, als wahre Verwunderung Ciceros in den neu aufgefundenen Büchern der Republik, wenn er nicht begreifen kann, wie in einer so späten Zeit, wie die des Romulus, noch von einer Gottwerdung desselben die Rede seyn konnte. [8]) Aber das Mythische der alten Römischen Geschichte liegt nicht in ihr selbst, sondern in ihrem Gegensatz mit der republicanischen Zeit.

Die zweite Periode der Römischen Geschichte, die Periode des zur Wirklichkeit gewordenen und hervorgetretenen Gegensatzes, oder die der Republik, hat nun jenen inhaltlosen Streit zum Object den das abstracte Allgemeine mit der freien Persönlichkeit in Form der Willkühr führt. Weil eben das Interesse des Streites, selbst nur wieder der Streit ist, so ist der abso-

8) Atque hoc eo magis est in Romulo admirandum, quod ceteri, qui dii ex hominibus facti esse dicuntur, minus eruditis hominum saeculis fuerunt, ut fingendi proclivis esset ratio, cum imperiti facile ad credendum impellerentur, Romuli autem aetatem, minus his sexcentis annis, jam inveteratis litteris atque doctrinis, omnique illo antiquo ex inculta hominum vita, errore sublato fuisse cernimus. Nam si, id quod Graecorum investigatur annalibus, Roma condita est, secundo anno Olympiadis septimae, in id saeculum Romuli cecidit aetas, cum jam plena Graecia poetarum et musicorum esset, minorque fabulis, nisi de veteribus rebus, haberetur fides. Ed Bonn. minor. p. 45.

Digitized by Google

lute Inhalt gleichsam geflohen, und es sind nur endliche Interessen übrig geblieben. Die Organe des Unendlichen, die Patricier haben selbst das Substantielle darin aufgegeben, daß sie suchen müssen es zu vertheidigen und zu retten: die Organe der Endlichkeit und Persönlichkeit, die Plebejer, erringen in allen ihren Siegen nichts, als ein endliches Dieses oder Jenes. In welcher Gestalt dieser Kampf auch auftritt, um welchen vermeintlichen Inhalt es sich auch handelt, mag er als Schuldverhältniß, als agrarisches Gesetz, als die Habsucht und der Ehrgeiz nach Aemtern sich darthun, es findet sich jederzeit dieselbe Einförmigkeit und dasselbe Einerlei, welches eben die Abstraction von jedem Inhalte ist. Um diese Abstraction noch anschaulicher zu machen, so wie, daß es nur der Streit als Streit ist, um den es sich handelt, muß bemerkt werden, daß der Streit nach außen, der Krieg, das Einzige ist, welches vermögend wäre, den inneren Streit zu beschwichtigen. Wie äußerlich psychologisch dies auch sonst erklärt werden kann, so ist doch, was ihm wahrhaft zu Grunde liegt nur dieses, daß der Krieg ohne Weiteres das Element der Römischen Geschichte ist. Es ist gleichviel, welchen Gegenstand dieser Krieg hat, und nur wo der äußere räumliche gesetzt ist, darf der innere schweigen: ja die lange Fortsetzung des Krieges hängt sogar von dem Alterniren beider ab. Aus dem Standpunkte dieser Abstraction betrachtet, gewährt nun allerdings die Welt der Römischen Republik das hohe Interesse, das sie einzuflößen im Stande ist: sie ist keine Welt des absoluten und wahrhaft unendlichen Geistes wie das Griechenthum, aber eine Welt, in der alle Tugenden der Endlichkeit, der Einseitigkeit, der Männlichkeit herrschend sind. Es ist die Welt der Arbeit, des Ernstes, der Mäßigkeit, der Ausdauer, aber auch die Welt, in welcher der Verstand das

Digitized by Google

Subſtantielle und Schöne vollkommen verdrängt hat. An die Stelle des Ideals iſt der Canon getreten. In ſo fern nun der inhaltsloſe Krieg das Element dieſer Geſchichte iſt, kann eigentlich von dem Siege eines Grundſatzes über den Anderen nicht die Rede ſeyn. Der Krieg beſiegt ſich einzig und allein ſelbſt, indem er ermattet und aufhört. Das wahre Elend, der wahre Verfall iſt eben da, wo dieſer Sieg des Krieges über ſich ſelbſt eintritt. Die Erſcheinung aber, daß es die Plebs iſt, welche die Anmaßung, das Recht und den Beſitz des Patriciats ſtürzt, und ſich zu Beherrſchern der Römiſchen Welt macht, liegt nur das zu Grunde, daß die Plebs ſich von vorn herein, als die Endlichkeit, und den Zweck, alſo als die Wahrheit der Römiſchen Geſchichte ſetzt, während die Patricier ſich als das Subſtantielle und Unendliche ankündigen, das aber, mit dem Gegenſatze des Endlichen behaftet, ſelbſt nur ein Endliches iſt. (S. 11.) Weil aber die Patricier ſelbſt dieſes Endliche ſind, da ſie nur das Unendliche zu ſeyn ſcheinen und vorgeben, ſo folgt, daß im Grunde, der Sieg der Plebejer, auch der Sieg der Patricier, oder der ihnen zu Grunde liegenden Wahrheit iſt. Mit anderen Worten, der Sieg der Plebs über das Patriciat kann logiſch ſo ausgedrückt werden: das Endliche zwingt das ſchlechte Unendliche zu bekennen, daß es ſelbſt nur endlich ſey.

Die dritte Periode der Römiſchen Geſchichte, die des nachlaſſenden, erſchlaffenden, und in einander gehenden Gegenſatzes, oder die des Kaiſerthums, hat es nun eben ſo mit den Endlichkeiten, wie die vorangegangene Periode zu thun, aber nicht mehr in Form des Gegenüberſtehens des ſchlechten Unendlichen und Endlichen, ſondern mit der Ruhe des Nebeneinanderſtehens dieſer Endlichkeiten im Raume, die ſo aus der ſubſtantiellen

Bedeutung, die sie noch im Kampfe hatten, zu Gleichheiten herabgestimmt sind. Aus der Freiheit, welche im Kampfe lag ist nun die Welt des Vielen und des Einen hereingebrochen, aber nicht in der ursprünglichen Kraft, Orientalischer Naturherrschaft, sondern als die bloß leere Negation des Gegensatzes. Die Römische Welt, deren Wesen und deren Freiheit dieser Kampf war, ist in diesem Sinne herabgekommen und in ihrem Verfalle. Die Tugenden des Kampfes und der Männlichkeit sind erloschen, und, weil die Endlichkeiten sich nicht mehr hart drängen, sondern im Frieden beisammen wohnen, so nehmen die Tugenden des Krieges auch diesen friedlichen Character an, d. h. sie gehen in die entgegengesetzten Laster über. Die Arbeit wird zu Trägheit, der Ernst zu einer ungeschickten und unkünstlerischen Frivolität, die Mäßigkeit und Ausdauer, zu Schwelgerey und Veränderlichkeit, das Ganze endlich zu einem Privatleben, das, weil es auch aller Schönheit entbehrt, dieser Periode gegen die vorangegangene den Character der Ausartung giebt. Der Fürst, weil er nicht mehr, wie im Orient, diese unmittelbare Göttlichkeit an sich hat, und nicht mehr in den ehrwürdigen Mantel der Religion gehüllt ist, muß, um zu dieser Göttlichkeit zu gelangen, die Vermittelung der Schmeicheley und Dienstbarkeit gebrauchen, und daß er göttlich sey ist nicht mehr eine Wahrheit, sondern ein Titel. In dem Bewußtseyn nun daß auf diese Weise die Römische Welt in den Griechischen Orientalismus zurückgegangen sey, verlegt Constantinus die Hauptstadt von Rom nach Byzanz, und indem er so den räumlichen Ausdruck für die Aufhebung der Römischen Welt wählt, decretirt er eben so, aber weit innerlicher, durch die Annahme des Christenthums das Aufhören der Römischen Welt, als des herrschenden Gedankens. Das Alterthum ist, nachdem

Digitized by Google

es in seinen drei Momenten, dem Orientalismus, dem Griechen- und Römerthum seinen Cyclus vollendet hat, in den Punkt zurückgekehrt, worin der Orientalismus, das Griechische und Römische Wesen zusammentreffen, aber alle drei zu ihrer Entartung herabgebracht, und ganz außer ihrer Unmittelbarkeit. Das Alterthum ist so in das Extrem seiner absoluten Negativität zurückgedrängt, aus welcher aber, der für sich seyende Geist sein unendlich Positives entwickelt, [9]) eine Ableitung, die erst weiter unten an ihrem Platze ist.

Nachdem auf diese Weise der Logos der Römischen Geschichte im Allgemeinen, wie in ihren einzelnen Gliederungen und Perioden aufgewiesen worden ist, muß die Frage zunächst abgehandelt werden, die wir auch bei der Orientalischen und Griechischen Welt erörtert haben, nämlich welche Stellung das Recht und seine Verwirklichung zu dieser Römischen Welt habe. In Asien haben wir das Recht, als sich durchaus nicht in der Selbstständigkeit einer eigenen Sphäre behauptend gesehen, sondern vielmehr absorbirt und aufgegangen in die höhere der Religion und des Glaubens. [10]) Der Unterschied des hinterasiatischen und vorderasiatischen Rechts war der, daß es bei beiden zwar das von Gott Gegebene und Gesetzte ist, daß aber das hinterasiatische Recht diese Natur niemals abthut, und in seiner Verwirklichung noch dieses Göttliche bleibt, das vorderasiatische dagegen lediglich darin besteht, daß es von Gott gesetzt ist, bis auf dieses Setzen und diese Entäußerung jedoch seinem Inhalte nach ein Endliches dem Verstande, und seiner Bearbeitung Anheimgefallenes bleibt. [11]) In Hellas war dagegen das Recht nur seinem

9) Hegels Rechtsphilos. S. 353. §. 358.
10) S. 1. Band S. 60 u. fg.
11) S. 1. Band S. 268 u. 286.

Digitized by Google

Ursprunge, dem Hintergrunde und der Beschirmung nach ein Göttliches, sonst aber der thätigen Freiheit der Menschen, der Gesetzgebung, anheim gefallen. [12]) Wenn so das Recht selbstständig und in seiner eigenen Sphäre in Hellas erscheint, so hat sich doch innerhalb des Rechts keine Unterscheidung vollbracht, oder das Recht ist selbst noch nicht zu dem Reichthum seiner Unterschiede gelangt. Der Standpunkt des Staatsrechts und Privatrechts ist vermischt, oder das Recht ist ein bloßes Staatsrecht überhaupt. [13]) Diese Armuth und Dürftigkeit des Rechts innerhalb seiner, macht nun, daß die Griechische Welt gar nicht als die Welt des Rechts betrachtet werden kann. Um Welt des Rechts zu seyn, hätte Hellas selbst nicht die schöne künstlerische Einheit, sondern den Gegensatz des Allgemeinen und Besonderen darstellen müssen. Das Recht gilt in Hellas noch nicht ausschließlich als Recht; es hat seine vollkommene Absonderung vom Schönen und Guten noch nicht vollbracht. In Rom ist es, wo das Recht zum Erstenmale in seiner vollkommenen Selbstständigkeit, unabhängig und geschieden von allen andren Sphären, so wie zur Unterscheidung und Gliederung, innerhalb seiner gelangt auftritt. Rom ist nicht die Welt des absoluten Geistes, nicht die Welt der Religion, der Kunst und Wissenschaft: Was von diesen Sphären sich vorfindet, ist nur ein Fremdes und Herübergenommenes, darum aber auch als dieses Entlehnte Behandeltes. Die Liebe zur Griechischen Kunst und Wissenschaft, ist selbst schon das Außersichseyn und der Verfall Roms. Der Haß und die Verweisung der Kunst und Wissenschaft, ist dagegen die Zeit der höchsten Blüthe der Römischen Welt. Hat

12) S. 1. Band S. 288.
13) S. 1. Band S. 291.

Digitized by Google

aber der absolute Geist und seine Formen in Rom keine Herrschaft errungen, so ist es grade der objective Geist, die Welt des Staates und ihre Verwirklichung welche die Römer zu ihren Organen gemacht hat. Mit dem Staate dessen Wahrheit, so weit diese im Alterthum allein möglich wird, Rom ist, ist aber auch zugleich das Daseyn des Rechts gesetzt; das Recht hat nicht bloß selbstständiges Gelten in Rom errungen, sondern Rom ist die Welt des Rechts selbst. Das Recht hat alle andere Sphären des Lebens verdrängt, oder Rom ist auch, wie man sich ausdrücken kann, bloß die Welt des Rechts. Dadurch nun, daß alle anderen Kreise ihr Recht verlieren, um das Recht, als Alleinherrscher dastehn zu lassen, wird das Recht selbst ein formelles und abstractes. Der Staat ist hier nicht die Idealität aller Sphären, sondern er selbst ist dem abstracten Rechte unterthan, das somit die Substanz der Sittlichkeit abthuend, die es nur durch den Staat und als ihm unterthänig erhält, zu einem bloßen Meisterstücke reiner Verstandesconsequenz wird. Das Römische Recht ist daher das Unübertrefflichste, wo diese Verstandesconsequenz überhaupt an ihrem Platze ist, in dem abstracten Rechte als solchem, in der Lehre vom Eigenthum und von den Verträgen. Weil aber der Verstand die Sittlichkeit nicht zu erzeugen im Stande ist, so tritt in allen Lehren, welche nicht innerhalb des abstracten Rechts fallen, die Unangemessenheit des bloß Formellen, sich an die Sittlichkeit zu machen, hervor, und das Römische Recht wird zu einem, gegen die weiter geschrittene Sittlichkeit, abstechenden Ganzen. Der Fehler des Römischen Rechts ist sein Vorzug, nämlich die Verstandesconsequenz desselben.

Wie aber der Gedanke der Römischen Geschichte nicht bloß abstract und allgemein auszudrücken war, sondern wie es nöthig war in die Gliederungen und M-

dieser Geschichte einzugehen, so wird nun auch das Römische Recht, wie es nach den verschiedenen Perioden der Römischen Geschichte einen verschiedenen Character annimmt, zu betrachten seyn.

Die erste Periode des noch eingehüllten Gegensatzes, oder des Königsthums, enthält das Recht noch nicht als das offenbare äußerliche und verwirklichte, sondern als zurückgedrängt, in die Innerlichkeit und Einheit der Herrschaft überhaupt. Das Recht ist in diesem Sinne ein Mysterium, das Geheimniß weniger dazu Berechtigter; aber es ist nicht sowohl religiöser Natur, als die Religion vielmehr rechtlicher Art. Dieses, daß es Mysterium ist, giebt ihm natürlich, da wo es sich entäußert, und ausgesprochen wird, den Character kurzer aber desto bedeutungsvollerer Formeln. Es ist noch nicht der Ausdruck der Oeffentlichkeit und Allgemeinheit des Rechts, das Forum, vorhanden, sondern es hat die Abgesondertheit und das Orakelmäßige des Priesterausspruchs zu seinem Wesen. Das Recht hat eben so noch nicht den Doppelcharacter des Römischen Dualismus in sich, sondern es bietet noch die einfache Form, und die Dürftigkeit eines ganz unentwickelten Princips dar, aus dem späterhin erst jener Dualismus hervorgeht. Das Recht der ersten Periode ist daher jus divinum, Pontificium oder Feciale d. h. der ungebildete und unentwickelte Anfang, des vielgestaltigen Rechts der folgenden Zeit.

Die folgende Periode, die des Gegensatzes, oder der Republik hat nun auch dieses jus divinum aus seiner Einhüllung und aus seinem Geheimnisse zur Offenbarung und Allgemeinheit des Forums hervorzutreiben, und aus mysteriösen Sprüchen und Formeln, das Recht zu wirklicher verbreiteter Anwendung herauszuarbeiten und zu entfalten.

Diese Periode aber die des Kampfes, und das Recht

eben ist es, was die Einen als das Unveräußerliche festhalten, die Anderen als das Allgemeine erringen wollen. Die Gesetzgebung daher, als der Ausdruck dieses Kampfes, ist nichts als die Stufenleiter von Siegen, und abgewonnenen Einräumungen, die Trophäen, die die Einen oder Anderen sich selbst setzen. Als Recht dieses Kampfes giebt es keine Bestimmung desselben, welche nicht der Parteiung nothwendig angehörte, wie es die einen höbe, so die anderen herabsetzte. Es giebt kein noch so privates Element, keine noch so private Lehre, welche nicht diese öffentliche Substanz des Kampfes in sich trüge. Die liciniſchen Rogationen, das agrariſche Gesetz, die lex Canuleja, alles war über den nexus der Schuldner verfügt worden, wiewohl es eigentlich privater Natur ist, hat dieses private Element gänzlich abgestreift, und steht als öffentliche Gesetzgebung da. Das Zwölftafelgesetz selbst, hat dieses völlig Ueberwiegende des öffentlichen Rechts in sich. Es ist die Habsucht nach Gewalt von jeder Seite, welche auch das Einzelnste und Besonderste in dem Lichte des Allgemeinen erscheinen läßt, und zu einem solchen verkehrt. Die Weisen und Verfahrungsarten des öffentlichen Rechts und Privatrechts sind noch keineswegs genau unterschieden und getrennt; und es ist die Redekunst der gemeinschaftliche Träger beider noch in einander seyenden Seiten des Rechts. In der Redekunst als dem Schutz des Rechts überhaupt aber liegt, daß die Genauigkeit und Schärfe des Privatrechts, als welches die Einhüllung des redneriſchen Schmuckes am meisten verschmähen muß, noch nicht aufgegangen ist. Mit anderen Worten, die zweite Periode ist durchweg die Periode des Staatsrechts (juris publici), das Privatrecht dagegen ist noch seinem eigentlichen Wesen, seiner Bestimmtheit und Genauigkeit nach, nicht hervorgetreten.

Digitized by Google

Die dritte Periode, die des erschlaffenden, und ineinandergehenden Gegensatzes, hat es, wie wir gesehen haben, mit dem Frieden der aus dem Kriege zurückgekehrten Endlichkeiten, oder mit dem zu Gleichheiten, und zum Privatleben herabgesunkenen Staate zu thun. Es ist nicht mehr die Partei, der das Individuum ihr Recht unterordnet, wodurch denn selbst das Privatrechtliche die Farbe des Oeffentlichen erhält, sondern das Höchste ist das Individuum selbst, und die Weise, wie es sich und sein Daseyn erhält und schützt. Das Ehrenvollste ist daher der Stand dessen, der es sich zum Berufe macht, und sich die Mühe giebt, dieses Privatleben, in seiner ganzen Nüancirung durchzustudiren, und die mögliche Casuistik desselben auszuarbeiten. Während Kunst und Wissenschaft, auch in dieser dritten Periode ein ungekanntes Bedürfniß ausmachen, und noch an die Fremden, zum Theil sogar an die Sklaven, ausgeschlossen sind, ist die Jurisprudenz die einzige, wahre und eigenthümliche Gelehrsamkeit des Römischen Volks. Sie hat zum Theil auch nicht mehr den öffentlichen Character der Redekunst, sondern der privaten, der mündlichen und schriftlichen Berathung. Dieselbige Ehrfurcht, welche einst die Vertheidiger der Freiheit, sey es als Feldherren oder Redner, die Streiter nach innen und außen verdienten und einernteten, verdienen und ernten eben so die großen Juristen der Kaiserjahrhunderte, und die Papiniane und Ulpiane stehen zu ihrer Zeit in demselbigen Verhältniß, wie die Catonen und Scipionen zu der ihrigen. Dieses Privatleben aber, indem es sich ins Unendliche fortsetzt, ist so seine eigene Vernichtung. Denselbigen Gang nun schlägt das Recht ein, das sich aus der Vielfachheit und Genauigkeit seiner Bestimmungen, in die Dürftigkeit einer Compilation vor gänzlichem Untergang rettet. Die dritte Periode ist, so

Digitized by Google

die Periode des Privatlebens, oder auch des Privatrechts. [14])

14) Schon 1ster Band, S. 8. Note 3, ist von der v. Savignyschen Verwunderung über die isolirte Trefflichkeit des Privatrechts in der Kaiserzeit gesprochen, und daselbst gezeigt worden, wie diese Verwundrung eben nur die Isolirtheit des Anschauenden und die Begriffslosigkeit ist, die Alles als Einzelnes sieht. Die Wissenschaft hat mit Wundern und Verwunderungen nichts zu thun. —— Noch ist hier des Werks von Burchhardi, Grundzüge des Rechtssystems der Römer, aus ihren Begriffen von öffentlichem und Privatrecht entwickelt, Bonn 1822, Erwähnung zu thun. Es wäre allerdings ein Verdienst, und hieße etwas für das Innerliche des Römischen Rechts gethan zu haben, wenn man das Römische Recht, in Beziehung auf das Inandergreifen des jus publicum und privatum darstellen wollte. Dazu aber wäre nöthig, daß jede Lehre, wie sie ihren Zusammenhang in dem Lichte der vorkaiserlichen (nicht vorjustinianischen) Zeit erhält, und wiederum, wie sie sich zur kaiserlichen Zeit stellt, aufgewiesen würde. Es würde sich aus solcher Vergleichung ergeben, daß, wie im republicanischen Rom das Privatrecht in das öffentliche Recht aufgeht, so in der Kaiserzeit das öffentliche Recht ein leerer Name, ohne Bedeutung geworden ist. Der Verfasser des vorliegenden Werks unternimmt diese und eine ähnliche Durchführung nicht. Ihm ist es nur um den Namen jus publicum und privatum zu thun, und er giebt sich zufrieden, und hält es für ein Resultat, wenn er herausgebracht hat, daß die eine Lehre von den Römern zum öffentlichen, die andre zum Privatrecht gerechnet worden sey. Abgesehen nun davon, daß die drei angegebenen Criterien der s. g. öffentlichen Rechte, daß sie an das Individuum gebunden sind, nicht vererbt werden können, und daß keine Privatverträge dagegen zu schließen sind, nicht rückwärts auf ein Vorhandenseyn eines jus publicum schließen lassen, so sind sie an sich höchst negativ und abstract, und drücken die Sache selbst gar nicht aus. Es ist hier nicht der Ort, um das Einzelne an diesem Cataloge zu rügen; das aber kann gesagt werden, daß für das Innere der Lehren nichts gewonnen worden, ob in dem genannten Buche etwas als jus publicum oder privatum bezeichnet worden ist.

Digitized by Google

Der Gang, den nun jede Lehre des Römischen Rechts genommen hat, trägt in sich den Character der drei Perioden, welche wir, als die des jus divinum, des Staatsrechts und des Privatrechts bezeichnet haben. Mit anderen Worten ausgedrückt, es ist die Geschichte jeder Lehre die, mit einem einfachen Principe zu beginnen, sich alsdann zu dem Dualismus und dem Gegenüberstehen zweier Principien zu entfalten, um zuletzt nach aufgehobenem Gegensatze, und nach der Ineinanderbildung desselben zu einer andern Einheit zurückzukehren. [15]) Der Character des Rechts der ersten Periode ist daher Intensität und Kürze, des der zweiten Zerrissenheit und Widerspruch, des der dritten aber Weitschweifigkeit und Casuistik.

Wir haben nun, nach dieser abermaligen Einleitung, welche den Uebergang von Griechenland nach Rom, so wie den Character des Römischen Rechts, den verschiedenen Perioden nach, darzustellen bestimmt war, in die eigentliche Aufgabe, das Römische Erbrecht, ohne Weiteres überzugehen. Dieselben leitenden Principien sind es, welche wir nun im Kreise des Erbrechts aufzuweisen haben, oder, wir haben es eben so mit der Römischen Geschichte, nur in Form ihres Erbrechts zu thun. Es scheint dieses zwar nur ein einzelnes abgerissenes Glied zu seyn; der Wissenschaft aber liegt es eben ob, diese Abgerissenheit ihrem Zusammenhange wiederzugeben und aus dem Gliede den Löwen erkennen zu lassen.

---

15) S. 1. Band. S. 40. Note 42.

Digitized by Google

Erstes Kapitel.

Das Römische Erbrecht nach der Seite seiner Bewegung.

Die Römische Geschichte ist in der vorangeschickten Einleitung unter einem doppelten Gesichtspunkt betrachtet worden, zuvörderst dem bestimmten Begriffe nach, den sie ausdrückt, dann wie sich dieser Begriff den verschiedenen Perioden nach gliedert. Dieses in die erbrechtliche Ausführung übersetzt und übertragen, wird also ebenfalls eine doppelte Betrachtungsweise nothwendig machen; die Frage was das Römische Erbrecht überhaupt sey, und die andre, wie sich dieser Begriff den verschiedenen Perioden nach entfalte.

Der Gang aber, der hier nun einzuschlagen seyn wird, muß nothwendig der seyn, daß nach kurzer Angabe des Begriffs des Römischen Erbrechts überhaupt die Untersuchung der Bewegung des Römischen Erbrechts folge: dann erst kann mit Erfolg eine Einsicht in die Momente des Römischen Erbrechts, wie sie sich als feste Seiten darstellen, gegeben werden.

Die Römische Geschichte ist als der Gegensatz und Kampf eines freien und substantiellen Princips angegeben worden. Man könnte es auch so ausdrücken, das Individuum stehe dem Staate gegenüber. Kein Rechtsinstitut,

Digitized by Google

hat aber diesen Dualismus so vollständig und klar in sich aufzuweisen, als die Familie. Die Familie hat an sich schon das, viele Individuen zu enthalten, zugleich aber für alle eine gemeinsame Substanz der Liebe abzugeben. Die wahre Familie enthält nun die Vereinigung beider Seiten, daß weder das Individuelle unberechtigt bleibe und aufgehe, noch daß es das Gemeinsame zerstöre und aufhebe. Im Orient haben wir das Individuelle unberechtigt, in die Abstraction und Einseitigkeit des Staates und der Familie aufgehen sehen. Nur der Islam hatte die Verschiedenheit aufzuweisen, daß das Individuum zwar vom Staate, aber nicht von der Familie absorbirt war. Griechenland enthielt zwar in so weit den wahren Standpunkt für das Familienrecht, daß die Einheit des Individuellen und Substantiellen sichtbar war, aber diese Einheit hatte nicht die Tiefe des Gemüthes zu ihrer Basis, sondern mehr die Gestalt und Aeußerlichkeit der Form: der Bürger war zugleich das Mitglied einer geschlechtlichen Construction, der freie Mensch war noch nicht das liebende und geliebte Glied seiner Familie. In Rom hat weder die Familie das Individuum absorbirt, noch hat das Individuum den Sieg über die Familie davongetragen, jedoch nicht so, daß hier eine Einheit beider sichtbar wäre: vielmehr ist die Römische Familie das, das Individuum außerhalb ihrer, das heißt, sich gegenüber zu haben. Es wird also nothwendig in diesem Kriege zwei Mächte, oder Formen geben, wovon die eine die das Individuum ausschließende Familie, die andre, das die Familie ausschließende Individuum ist. [1])

Wiewohl dieser strenge Dualismus in allen Lehren und Seiten des Familienrechts auftritt, so giebt es doch

1) S. 1. Band S. 22 — 38.

Digitized by Google

keine einzige, in welcher er so klar sey, und zu so lebendigem Ausdrucke sich gebracht habe, als in dem Erbrecht. Die beiden Formen der Ehe, wovon die eine das völlige Aufgegangenseyn der Frau, die andre, die völlige Getrenntheit zeigt, eben so die väterliche Gewalt, die während ihres Bestehens, die absolute Kraft und Härte des Despotismus, dann die völlige Liebloſigkeit der Fremdheit aufweist, haben doch nicht so ganz das Durchscheinen des Römischen Gegensatzes in sich, daß man sie für den besten Ausdruck desselben ausgeben könnte. Man könnte noch in der freien Ehe ein gewisses substantielles Verhältniß, oder in der gelösten Gewalt, ein residuum von Familienbanden finden wollen. In dem Erbrecht ist dem nicht so. Es wird wohl Niemanden geben, der nicht im testamentarischen Erbrecht den Ausdruck der reinen, persönlichen, auf sich beruhenden Willkühr, im Intestaterbrecht aber den Ausdruck des dieser Willkühr entgegengesetzten substantiellen Princips fände.

So hätten wir denn das Plebejische oder freie Moment des Römischen Erbrechts, oder die testamentarische Erbfolge so wie das Patricische, oder strenge Moment, oder die Intestaterbfolge gefunden. In diesen beiden Seiten ist die Römische Geschichte nicht weniger characterisirt, als in den politischen Kämpfen der Patricier und Plebejer, und man könnte sich recht füglich, und ohne dem Begriffe im Geringsten etwas zu vergeben so ausdrücken, die Römische Geschichte sey der Kampf der Intestaterbfolge und der testamentarischen. Diese beiden Seiten sollen hier nur kurz dargestellt werden, denn ihre weitere Ausführung, und Einarbeitung in das Einzelne ist eben der Gegenstand des ganzen gegenwärtigen Abschnittes selbst.

Die testamentarische Erbfolge ist erbaut auf dem Boden einer nackten, kalten und habsüchtigen Willkühr.

Digitized by Google

Sie setzt das Individuum voraus, das sich ganz auf sich selbst stellt, sich nicht auch in Anderen fühlt und weiß, sondern alles Andre völlig von sich ausschließt, und als ein Gegenüber behandelt. Es ist, wie die Römer den Boden dieses Testaments sinnvoll selbst bezeichnen, der nackte Wille (nuda voluntas) nicht der wahrhaft freie Wille, der das ist, auch in Anderem zu seyn, und Anderes anzuerkennen. Das Weitere ist, daß das Individuum die Glieder seiner Familie, als Zugehörige negirt, und sich als das mit seinem Vermögen allein Identische setzt. Indem so jedes concrete Verhältniß für das Individuum geschwunden ist, geht nothwendig seine Thätigkeit darauf hinaus sich ein neues und Eigenes zu erbauen. Es schafft sich Erben, statt welche vorzufinden. Da dieser abstracte und leere Wille aber nur Einzelnes und Atomes hervorbringen kann, so kann er seine Erbfolge niemals als eine in sich begründete Stufenfolge setzen, sondern will er ein Ganzes schaffen, so ist es das ewige Einerlei der Succession, in Form der Substituirung. Die Nähe und Entfernung dieser Substituirung hat selbst keine andre Substanz in sich, als die schaffende Willkühr des Testators. Die Leerheit dieses Willens muß sich aber zuletzt darin ausweisen, daß die durch denselben hervorgebrachte Schöpfung eben so wenig in sich selbst eine Consistenz hat. Weil es nur der nackte Wille ist auf dem sie beruht, so ist sie nothwendig das, diesem nackten Willen jederzeit wieder anheimzufallen, oder mit anderen Worten, die testamentarische Erbfolge ist das, jederzeit zum Nichts zurückzukehren und widerrufen werden zu können.

Der testamentarischen Erbfolge schroff gegenüber steht nun das Patricische und strenge Princip, oder die Intestaterbfolge. Als die Erbfolge, welche aus einer Naturnothwendigkeit entsteht hat sie das Ausschließen der Willkühr unmit-

unmittelbar an sich. Aber in diesem Gegenüberstehen, in diesem Kriege mit der testamentarischen Willkühr, ist die naive und natürliche Haltung des Familienverhältnisses aufgegeben, und das Erbrecht der Römischen Familie muß die ganze Härte und Liebloſigkeit enthalten, welche dem Römischen Familienrecht überhaupt eigen ist. Es ist nicht mehr ein Erbrecht, welchem die Gliederung des Familienverhältnisses an und für sich zu Grunde liegt, sondern es ist ein Erbrecht der Gewalt, welche, statt des natürlichen Bandes, das Criterium für die Succession wird. Nicht das Kind, sondern das eigenthümliche Kind (suus), nicht der Verwandte, sondern lediglich der nächste durch Männer Verbundene (agnatus proximus) folgen in das Vermögen des Verstorbenen. Wie oben nun dargethan worden ist, daß die Patricische Substantialität selber nur eine Endlichkeit und Willkühr, nur in Form des schlecht Unendlichen ist, also ist auch die Intestaterbfolge, oder die dem Patricischen Principe entsprechende Erbfolge, nicht ein wahrhaft Substantielles, sondern nur die Hervorbringung der Willkühr selbst. Durch die Emancipation nämlich, welche der Freiheit der Gewalt wiederum zufällt, ist die Möglichkeit vorhanden, die ganze Intestaterbfolge der Familie zu vernichten, und so ein der testamentarischen Willkühr ähnliches Resultat hervorzubringen. Die Intestaterbfolge hat also eben die Abstraction in sich, welche dem testamentarischen Erbrecht zugeschrieben werden mußte, und sie bestätiget die Wahrheit, daß beide Seiten der Römischen Geschichte, ihrem Begriffe nach, auf dasselbe hinauslaufen.

Aber es ist schon in einer früheren Einleitung über Römische Geschichte und Römisches Recht bemerkt worden, daß die beiden schroff einander gegenüberstehenden Seiten des Römischen Rechts, endlich erschlaffen, und eine

Digitized by Google

in einander gehende Bewegung machen. [2]) Der Ausdruck dieser Bewegung, welche füglich die Identität der beiden gegenüberstehenden Seiten genannt werden kann, macht selbst daher ein drittes Moment in der Betrachtung einer Römischen Rechtslehre aus. Da nun die Kaiserzeit, oder die Zeit dieser Identität überhaupt, als die Zeit des Privatrechts aufgewiesen worden ist (S. 27.) so kann fast in jeder Lehre ein Dreifaches gezeigt werden, die beiden Gegensätze, und das Ineinandergehen derselben. Das testamentarische Erbrecht und die Intestaterbfolge haben also ein Drittes außer sich, das ihr Vereinigungspunkt genannt werden könnte, wenn derselbe nicht eine völlig negative Haltung hätte. Es ist dieses, daß die Willkühr sich bequemt auf ein Substantielles Rücksicht zu nehmen, und daß die substantielle Forderung einen Vertrag mit der Willkühr schließt. Diese Einigung, die keine wahrhafte Befriedigung, sondern nur eine quantitative Approximation enthält, ist das Notherbenrecht, die schmale und morsche Brücke, welche zwei gegenüberstehende Seiten mit einander verbinden soll.

Wir hätten nun in diesen geringen und kurzen Lineamenten die Hauptpunkte angegeben, die in gegenwärtigem Abschnitte ausgeführt werden sollen. Das System des Römischen Erbrechts würde demnach in die drei Momente, in das System der Willkühr, in das System der Familie, und in die Identität beider Systeme zerfallen. Aber die Weise der Betrachtung dieser drei Momente ist wiederum eine doppelte. Den drei oben dargestellten Perioden der Römischen Geschichte gemäß, hat jedes dieser drei erbrechtlichen Momente eine dieser Perioden hauptsächlich erfüllt; in der letzten Periode, als in welcher die Herrschaft des

2) S. 1. Band S. 37 u. folg.

letzten Moments, der Identität beider Seiten hervortritt, ist aber nothwendig eine Coexistenz aller drei Momente vorhanden, weil die Identität nothwendig das Bestehen der beiden zu verbindenden Seiten voraussetzt. So wird also eine doppelte Betrachtung nothwendig, die Bewegung der einzelnen Seiten gegen einander in der Zeit, oder die Verbindung der Seiten mit den Geschichtsperioden, dann aber die Betrachtung der Coexistenz dieser drei Seiten als fester und typischer. Die eine Betrachtung kann man die rechtsgeschichtliche, die andre die dogmatische nennen.

Das gegenwärtige Kapitel hat es nun mit der ersten Betrachtung, wie sich die Seiten des Römischen Erbrechts gegen einander bewegen, zu thun. Diese Betrachtung ist so eben die rechtsgeschichtliche genannt worden. Um hier nun einem Mißverständnisse zu entgehen, muß bemerkt werden, daß in diesem Kapitel nur von der Bewegung der verschiedenen Seiten als solcher gegen einander die Rede seyn wird. Die Veränderungen, die sich innerhalb einer Seite in Beziehung auf die verschiedenen Geschichtsperioden begeben, fallen in die abgesonderte Betrachtung der Seiten selbst. Hier erst kann dann gezeigt werden, wie derselbe Dualismus welcher als Testaments- und Intestaterbrecht auftritt, auch in jeder besonderen Seite ebenfalls sich erzeugt. Die Aufgabe des gegenwärtigen Kapitels bleibt aber einzig und allein, die Beziehung des testamentarischen Erbrechts und des Intestaterbrechts auf einander darzustellen.

Doch muß noch Folgendes über das Periodisiren hinzugesetzt werden. Die drei Perioden der Römischen Geschichte, die sich oben ergeben haben, waren die des noch eingehüllten Gegensatzes (Königsthum), die des verwirklichten und hervorgetretenen (Republik), und die des erschlaffenden und ineinandergegangenen (Kaiserthum).

Digitized by Google

Haben nun auch alle Römischen Rechtslehren, und namentlich die vorliegenden, eben so die Verschiedenheit dieser Perioden in sich, so fallen die politischen Veränderungen und die des Rechtssystems gerade nicht äußerlich so zusammen, daß die bestimmten Anfangspunkte für beide immer die gleichen wären. Es kann z. B. das Ende der ersten Periode für eine Rechtslehre noch in die Zeit der Republik hineinfallen, so wie das der zweiten sich in der Kaiserwelt ereignen, ohne daß dieses dem Satze Eintrag thäte, diese Veränderung unbedingt an die Republik oder Kaiserzeit zu knüpfen. Weil die Bewegung der menschlichen Dinge etwas sehr Concretes ist, so ist es nicht immer äußerlich derselbe Punkt, auf den die Veränderung zurückgeführt werden kann. Denn in jeder Periode ist schon sichtlich das Streben vorhanden, die andre zu erzeugen, und das neue Daseyn kommt so häufig unbemerkt hervor, ohne daß gerade ein bestimmtes Datiren der Erscheinung möglich wäre. Trotz dieser Unmöglichkeit bleibt die begriffsmäßige Uebereinstimmung dennoch wahr, und man kann sagen, diese oder jene Lehre hat das republicanische, oder kaiserliche Element in sich, ohne sich gerade ängstlich an den äußerlich in die Erscheinung eintretenden Ausgangspunkt kehren zu müssen.

Weil es aber eben so immer nothwendig scheint, das Daseyn einer Periode an einen bestimmten Ausgangspunkt zu knüpfen, wenn auch dieses nicht immer der allein entscheidende Wendepunkt seyn sollte, so wollen wir auch für das Thema dieses Kapitels, welches die Beziehung der Intestaterbfolge und der testamentarischen auf einander darzustellen hat, bestimmte äußere Erscheinungen, als die Anfangspunkte der verschiedenen Perioden annehmen.

Die erste Periode, oder die des noch eingehüllten Gegensatzes der Intestaterbfolge und der testamenta-

rischen, würde sich über die Zeiten des Königsthums und über die Anfänge der Republik erstrecken, bis zu der Zeit, wo das testamentum per aes et libram unter die Zahl der Testamentsformen tritt.

Die zweite Periode, oder die des hervortretenden Gegensatzes der testamentarischen und Intestaterbfolge hat den Satz: uti legassit super familiae pecuniae tutelaeve suae rei, ita jus esto, oder auch die zwölf Tafeln zu seinem Anfangspunkte, und erstreckt sich bis in die Anfänge der Kaiserzeit, bis zur Aufnahme des prätorischen Testaments.

Die dritte Periode, oder die des ineinandergehenden Gegensatzes endlich, kann ihr Beginnen schon von der Einführung der querela inofficiosi oder des quadruplex judicium herrechnen, und endigt erst mit der hundert und funfzehnten Novelle Justinians.

Wir haben also nun unseren Rechtsinhalt der ersten Periode zu entwickeln, oder die Frage zu beantworten: wie verhält sich die Intestaterbfolge zu der testamentarischen in der ersten Periode der Römischen Geschichte? Da das testamentarische Recht und das Intestaterbrecht für sich hier nicht betrachtet werden, sondern einer eigenen Erörterung überlassen bleiben, so kann, bei vorausgesetztem Intestaterbrechr, als dem Erbrecht der Familie, auch die Frage so gestellt werden: Welche Stellung nimmt das Recht der willkührlichen Verfügung zu dem Intestaterbrecht in der ersten Periode der Römischen Geschichte an?

Die Frage, welche eben aufgestellt wurde, ist von den Römischen Rechtsgelehrten häufig in der Weise gemacht worden, daß sie zu beantworten versuchten, wie es sich mit den Testamenten verhalten habe, welche uns die Römischen Schriftsteller als die ältesten angeben: die

Digitized by Google

testamenta calatis comitiis und procinctu, ob dieſe nämlich wahre Teſtamente geweſen ſeyen oder nicht. [3])

---

3) Die Hauptſtellen, welche über teſtamentariſche Verfügungen in der älteren Zeit ſprechen, ſind folgende.

Gellius noctes atticae libro XV. cap. 27. In libro Laelii Felicis ad Q. Mucium primo, scriptum est Labeonem scribere, *calata comitia* esse, quae pro collegio pontificum habentur, aut regis, aut flaminum inaugurandorum causa, eorum autem alia esse curiata, alia centuriata: curiata per lictorem curiatim calari, id est convocari: centuriata per cornicinem. Iisdem comitiis, quae calata apellari diximus et sacrorum detestatio, et testamenta fieri solebant. Tria enim genera testamentorum fuisse accepimus, unum, quod calatis comitiis in populi concione fieret, alterum in procinctu, quum viri ad proelium faciendum in aciem vocabantur, tertium per familiae emancipationem, cui aes et libra adhiberetur. — *Cicero de oratore* I. cap. 53. Reprehendebat igitur Galbam, Rutilius, quod is C. Sulpicii Galli, propinqui sui, Q. pupillum filium, ipse paene in humeros suos, extulisset, qui patris clarissimi recordatione, et memoria fletum populo moveret, et duos filios suos parvos tutelae populi comendasset, *ac se, tanquam in procinctu testamentum faceret, sine libra atque tabulis,* populum Romanum tutorem instituere dixisset illorum orbitati. *Cicero* de natura deorum II. 3. Itaque maximae reipublicae partes in his bellis, quibus reipublicae salus continetur, nullis auspiciis administrantur: nulla perennia servantur, nulla ex acuminibus, nulli viri vocantur, ex quo in procinctu testamenta perierunt. — *Vellejus Paterculus* lib. II. cap. 5, facientibusque omnibus in procinctu testamenta, velut ad certam mortem eundum foret. Es iſt hier von einer ſpäten Zeit, nicht lange vor Numantias Zerſtörung, die Rede. *Festus* v. Endoprocinctu in procinctu, significat autem cum ex castris in praelium exitum est: procinctos, quasi praecinctos atque expeditos, nam apud antiquos togis incincti pugnasse dicuntur. *Voce Procinctu*, classis *dicebatur*, *exercitus ad* praelium instructus et *paratus*, *quem diali flamini* videre non licet. Antiqui *enim procinctum militem* dixerunt, ut nunc quoque *cum exercitus instructus* est. Procincta autem *ideo, quod togis incincti*

Digitized by Google

Wir dürfen es hier nicht übergehen, die Hauptſtimmführer über die Natur dieſer Teſtamente anzuhören, weil

---

ad pugnam ire soliti *fuerint*. *Unde et testamenta* in procinctu fieri *dicta*, *quod faciunt ad pugnam ituri*. *Voce* in procinctu factum testamentum dicitur, quod miles pugnaturus nuncupat praesentibus commilitonibus. — *Plutarchus in Coriolano* cap. 9. Ἦν δὲ τότε τοῖς Ῥωμαίοις ἔθος εἰς τάξιν καθισταμένοις, καὶ μέλλουσι τοὺς θυρεοὺς ἀναλαμβάνειν, καὶ περιζώννυσθαι τὴν τήβεννον, ἅμα καὶ διαθήκας ἀγράφους τίθεσθαι, τριῶν ἢ τεττάρων ἐπακουόντων, ὀνομάζοντας τὸν κληρονόμον. — *Gaji Comm. II.* §. 101. Testamentorum autem genera initio duo fuerunt, nam aut calatis comitiis faciebant; quae comitia bis in anno testamentis faciendis destinata erant, aut in procinctu, id est cum belli causa ad pugnam ibant; procinctus est enim expeditus et armatus exercitus, alterum itaque in pace et in otio faciebant, alterum in proelium exituri. — *Ulpiani Fragmenta XX.* §. 2. Testamentorum genera fuerunt tria, unum, quod calatis comitiis, alterum, quod in procinctu, tertium, quod per aes et libram appellatum est. *Institutionum* lib. II. titulus 10. §. 2. Sed ut nihil antiquitatis penitus ignoretur, sciendum est, olim quidem duo genera testamentorum in usu fuisse, quorum altero in pace et in otio utebantur, quod calatis comitiis apellabatur, altero, cum in praelium exituri essent, quod procinctum vocabatur. — *Theophilus* ad h. l. Ἵνα δὲ μηδὲν τῶν πάλαι πολιτευομένων ἄγνωστον ἔιη, καὶ ἡ τούτων ἄγνοια συδένα φέρει κίνδυνον, ἀλλ' οὖν πρὸς ἱστορίαν, καὶ τὸ μαθεῖν πῶς κατὰ μικρὸν προῆίντος ἠμείφθη τοῦ χρόνου, εἰπεῖν ὀυκ ἄτοπον· τὸ παλαιὸν δύο γένη ἦν Διαθηκῶν, καὶ τὸ μὲν ἐλάγιστο calatis comitiis, τὸ δὲ procinctum. Καὶ τὸ μὲν calatis comitiis ἐγίνετο καιρῷ εἰρήνης, δῆς τῷ ἐνιαυτοῦ, τοῦτον τὸν τρόπον· ὁ κῆρυξ ἅπασαν περιῆει τὴν πόλιν συγκαλῶν καὶ πᾶς ὁ δῆμος συνίτρεχε καὶ ὁ βουλόμενος ὑπὸ μάρτυρι διετίθετο τῷ δήμῳ. Εἴρηται δὲ calatis comitiis ἐντεῦθεν. Calare γὰρ ἴσι τὸ καλεῖν, comitia δὲ ἡ σύνοδος, ἐπειδὴ οὖν καλούμενοι συνήεσαν, ἐκλήθη calatis comitiis. Τὸ δὲ procinctum ἐγίνετο, ἡνίκα ἤμελλον ἐξιέναι ἐπὶ πόλεμον, τὸ ὄνομα δεξάμενον ἐκ τῆ σχήματος, ὅπερ ἔχοντες διετίθεντο. Procinctus γαρ λέγεται ὁ ἐξομένος καὶ ἕτοιμος πρὸς παράταξιν· ἐπειδὴ γαρ ἄδηλα τὰ τῆς ὑποσεροφῆς διατιθέμενοι

die verschiedenen Meinungen selbst zur Einsicht in das innere Wesen der Sache zu leiten vermögen.

Thomasius, [4]) nachdem er sich gegen die Meinung derjenigen Interpreten ausgesprochen hat, welche die testamenta calatis comitiis und procinctu erst nach den zwölf Tafeln eingeführt wissen wollen, [5]) was die Zeugnisse der Alten von Testamenten vor der Decemviralgesetzgebung nicht anzunehmen gestatten, [6]) behauptet, daß diese beiden Testamente von dem, was man späterhin Testament genannt habe, bedeutend verschieden seyen. Der freie Wille des Testators sey hier nicht entscheidend gewesen, sondern vielmehr die Zustimmung des Volkes. Daß diese Zustimmung des Volkes nicht als eine bloße Solennität zu fassen sey, sondern in der That habe eingeholt werden müssen, zeige nicht nur das ausdrückliche Zeugniß des Theophilus (S. Note 3.), sondern das ganze Wesen und der Begriff der Comitien. [7]) Der in den calatis comitiis ernannte testamentarische Erbe, sey also nicht sowohl ein testamentarischer, als ein gesetzlicher, legitimus (besser unwillkührlicher) gewesen, denn ihn habe nicht die Willkühr des Testirenden, sondern das Gesetz des Volkes

---

πρῶτον ἔτως ὥρμουν ἐπὶ τὸν πόλεμον. Weniger wichtige Stellen, die die Form der Testamente nicht berühren, aber doch vom Daseyn der Testamente zeugen, sind Livius I. cap. 3. cap. 34. II. cap. 34. Macrobius Saturn. I. cap. 10. Plutarchus ed. Francof. a. 1620. p. 20. Quest. Rom. p. 273. Gellius VI. cap. 7. Conf. Servius ad Aen. VII. v. 612 über cinctus Gabinus.

4) Prima initia sucessionis testamentariae apud Romanos in Diss. Tomus II. p. 1034 — 1047.

5) Dieser Meinung ist unter anderen auch Heraldus, Rerum et Qu. quotidian. cap. XVII. §. 4. 9. p. 143. 144.

6) Thomasius l. l. p. 1037.

7) Thomasius l. l. p. 1038.

Digitized by Google

zur Erbschaft berufen. Diese Zustimmung sey gewiß nur im Falle der Unwürdigkeit des natürlichen Erben gegeben worden. Die Form der Zustimmung wird darin gesetzt, daß niemand dem Antrage des Erblassers widersprochen habe. [8]) Daß man nun bei den Historikern so wenige Beispiele von testamentis calatis comitiis finde, gebe eben den Beweis ab, daß man nicht leichtsinnig damit umgegangen, sondern nur bei dringender Nothwendigkeit in den Antrag des Testirenden gewilligt habe. [9]) Freier sey zwar die Natur und Weise des testamenti procinctu gewesen, indem hiezu nach den Zeugnissen der Schriftsteller (S. Note 3.) nur drei oder vier Zeugen nothwendig waren, auch wohl die Qualität und die Ansprüche der natürlichen Erben nicht sehr berücksichtigt worden seyen; aber theils sey dieses eines jener Militairprivilegien gewesen, wie sie die spätere Zeit noch in bei weitem größerer Ausdehnung kennt; theils habe die unmittelbare Todesgefahr in der sich die Testirenden befunden hätten (das Testament habe nämlich diese Unmittelbarkeit der Gefahr erfordert) schon die Entschuldigung der größeren Freiheit in sich getragen. [10])

Heineccius [11]) hat im Allgemeinen über diese älteren Testamente die Meinung des *Thomasius*, in so weit es nämlich das Factische angeht. Die älteren

---

8) Thomasius l. l. p. 1041: Ob die calata comitia testamentorum causa bloß in Beziehung auf Curiatcomitien, oder auch auf Centuriatcomitien zu verstehen sey. Darüber Vinnius in Comm. ad §. 1. I de test. ord. und Huber Digr. lib. IV. cap. 30. §. 3.

9) Thomasius l. l. p. 1042.

10) Thomasius l. l. p. 1043 — 1044.

11) De origine testamenti factionis in Operibus, Tom. II. p. 495 et sqq.

Digitized by Google

Testamente sind ihm ebenfalls von den späteren unendlich verschieden, und beruhen nicht auf Privatwillkühr, sondern auf einem förmlichen Gesetz; [12]) er glaubt aber noch seine eigenen Gründe dafür anführen zu müssen: da nämlich die Intestaterbfolge ein Gesetz gewesen sey, so sey nichts natürlicher, als daß man ein Gesetz nur durch ein andres Gesetz aufheben zu können geglaubt habe, [13]) als wenn diese s. g. Erklärung nicht das spätere testamentarische Verfahren der Römer vollkommen unerklärt ließe.

Im Ganzen stimmt Trekell [14]) seinen beiden Vorgängern bei. Die beiden Testamente in calatis comitiis und procinctu sind auch ihm nicht wahrhaftige Testamente, wie sie das spätere Recht kennt, sondern Gesetze, die ein anderes Gesetz, welches die Intestaterbfolge ist, aufheben. [15]) Ein Hauptgrund ist der, daß es im anderen Falle wohl ein Gesetz über die testamentifactio geben müsse, das so viel wir wissen, aber vor den zwölf Tafeln nicht vorhanden ist. [16]) Testamente, könnten die Gesetze calatis comitiis nur in so fern genannt werden, als trotz der erforderlichen Zustimmung des Volkes, der Antragende doch immer seinen Wunsch zu verstehen gebe, oder bezeuge. [17]) Zwar spreche Theophilus nur von der Gegenwart des Volkes, das also hier gleichsam nur den Zeugen abgebe, indessen sey das Zeugniß des Theophilus nicht so stark, um die allgemeine Wahrheit, daß

12) Conf. Bynkershoek Obs. lib. II. cap. 2.

13) Heineccius l. l. p. 500.

14) De origine et progressu testamentifactionis. Lipsiae 1739. p. 15 et sq.

15) Trekell, l. l. p. 20. 21.

16) Trekell, l. l. p. 24.

17) Trekell, l. l. p. 28.

Digitized by Google

das Römische Volk in den Comitien nicht bloß, um müßig zugegen zu seyn, herbeigerufen worden, zu entkräften. [18]) Das testamentum procinctu habe zwar den Anschein der Willkührlichkeit des Testators, es sey aber im Grunde dem nicht so gewesen. Sey der Testator in der Schlacht umgekommen, so habe das testamentum procinctu erst in calatis comitiis bestätigt werden müssen, habe hingegen der Testator die Schlacht überlebt, so möchte wohl seine Gültigkeit, auch ohne besonderen Widerruf aufgehört haben. [19])

Gegen diese Trekellsche Ansicht von der nothwendigen Bestätigung des testamenti procinctu in calatis comitiis erklärt sich Schott. [20]) Es habe keiner bestätigenden Comitia bedurft, wo die stillschweigende Einwilligung des Heeres bei weitem hingereicht hätte. Ueberdies habe dieses Testament mit dem jus divinum in Verbindung gestanden, und daher keine anderswo herzuholende Heiligkeit nöthig gehabt. [21]) Darin aber stimmt er Trekell bei, daß es nach vorübergegangener Gefahr von selbst seine Gültigkeit verloren habe. [22]) Auch Schrader [23]) ist der Meinung daß das testamentum procinctu nicht erst in calatis comitiis habe bestätigt werden müssen.

---

18) Trekell, l. l. p. 30. 31.

19) Trekell, l. l. p. 53.

20) Opuscula juridica p. 143. 153. 155.

21) Schott, l. l. p. 158.

22) Schott, l. l. Conf. über das testamentum procinctu. Zuichemus Commentaria in decem Titulos institutionum Lugd. 1533. p. 25. Hotomannus Comm. ad Inst. h. t. Ev. Otto Comm. ad Inst. h. t. Vinnius. Comm. ad Inst. h. t. Reitzius ad Theoph. h. t.

23) Hugo civ. Magazin V. S. 154 u. folg.

Digitized by Google

Wenn nun die eben genannten Interpreten darin übereinstimmen, daß die Testamente vor den zwölf Tafeln von den späteren durchaus verschieden seyen, indem bei jenen die Grundlage das Substantielle und Allgemeine eines Gesetzes, hier aber die Willkühr des Individuums gewesen sey, so erklärt sich der neueste Schriftsteller über diese Testamente, Dernburg, [24]) vollkommen gegen diese Ansicht. Nach ihm hat das testamentum calatis comitiis nicht weniger, wie das Testament der späteren Zeit, auf der Privatwillkühr des Individuums beruht: es habe in diesen Comitien keine Volksversammlung, keine rogatio, nichts, was beim Vorschlag eines Gesetzes erfordert war, statt gefunden, und das Volk sey bloß der Solennität wegen, damit das Vorgehende feierlich vor einem so ehrwürdigen Zeugen ausgesprochen werde, versammelt gewesen, aber ohne irgend Stimme abzugeben. [25]) Die Gründe für diese Ansicht sind ungefähr folgende. Die Worte testari, testamentum, testabilis und intestabilis hätten bloß die Bedeutung des Bezeugens; da nun von einem testamentum calatis comitiis gesprochen werde, so deute dieses darauf hin, daß das Volk in der Versammlung bloß Zeuge der sonst willkührlichen Handlung des Testators gewesen sey. Wenn die lex Horatia eine Frau, die Tartaria, für testabilis erklärt habe, und zwar einzig und allein vor allen Weibern, [26]) so setze dieses ein Privilegium voraus, welches aber nicht lediglich darin bestanden haben könne, daß es der Tartaria bloß vergönnt gewesen sey, ihren letzten Willen dem Volke vortragen zu lassen, sondern vielmehr ein solches, das ihr den freien

24) Beiträge zur Geschichte der Römischen Testamente, Bonn 1821.
25) Dernburg a. a. O. S. 15.
26) Una omnium foeminarum, Gellius IV. cap. 7.

Digitized by Google

Gebrauch ihrer Willkühr gestattet hätte. [27]) Ulpian stellete die beiden Testamente calatis comitiis so wie Gajus und die Institutionen zusammen, aber nicht bloß hier sondern auch im Leben hätten sie zusammenbestanden; wie wäre dieses aber denkbar, dafern ihre Principien so verschieden seyen, daß das eine die Gebundenheit durch das Gesetz, das andere die Privatwillkühr zu seiner Grundlage hätte? [28]) Es sey unbegreiflich, wie die an wichtigere Angelegenheiten gewöhnten Römer, sich mit der Bestimmung über das Vermögen eines Einzelnen hätte befassen mögen, um so mehr, als dieser leicht durch Schenkung bei Lebzeiten, das ganze Gesetz hätte umgehen können; eine solche Richtung sey noch dazu in der frühen Zeit unbegreiflicher als in der nach den zwölf Tafeln: selbst bei der arrogatio sey, wie bei den Testamenten das Volk nur der Solennität wegen zugegen gewesen. [29]) Nicht minder unbegreiflich wäre es, wie so, (was jetzt durch das hinzugetretene Zeugniß des Gajus vollkommen feststeht) diese Testamentscomitien nur zweimal im Jahre gehalten worden seyen, da Testamente doch jederzeit vorfallen. Die größte Schwierigkeit aber mache das testamentum procinctu: man könne doch nicht annehmen, daß der ausgesprochene Wille eines Soldaten in voller Rüstung eine lex zu Wege gebracht habe, da hier weder die Zeit noch der Ort dazu gewesen sey, und da überhaupt keine Versammlung des Volkes vorhanden war. [30]) Das Positive nun, das Dernburg an die Stelle der von ihm bestrittenen Ansicht setzt, ist mit wenig Worten Folgendes.

27) Dernburg a. a. O. S. 16 — 23.
28) Dernburg a. a. O. S. 23 — 30.
29) Dernburg a. a. O. S. 31 — 42.
30) Dernburg a. a. O. S. 46.

Digitized by Google

In calatis comitiis, und in allen hier vorzunehmenden Geschäften sey das Volk überhaupt nur der Solennität wegen zugegen gewesen. Bis zur Vertreibung der Könige habe vollkommen freie testamentifactio geherrscht. Nur der Eifer der Pontifices für die Familiensacra, und ihre Vereinigung, so wie der Umstand, daß die sacrorum detestatio nur in den Comitien statt finden konnte, habe bewirkt, daß man diese Gelegenheit benutzte um auch das Testament in calatis comitiis zu machen. [31])

Wir haben die Hauptmeinungen in dieser Controverse über die ältesten Römischen Testamente nach einander auftreten lassen, um die Streitfrage selbst durch die Lebendigkeit der sich bekämpfenden Ansichten, in ihr eigentliches Licht zu stellen. Die ganze Streitfrage geht aber auf ihr Eigentliches zurückgebracht, nicht über Folgendes hinaus. Beruhen die älteren Römischen Testamente in calatis comitiis und procinctu auf der Willkühr des Testirenden, und stehen sie in so fern, wie die der spätern Zeit, den Forderungen der Familie geradezu gegenüber, oder sind diese Testamente, nicht sowohl bloße Erzeugnisse einer leeren Willkühr, als vielmehr selbst mit der Familienverfassung verbundene, und in so fern mit ihr in einer Art von Einigung sich befindende Institute. Es läßt sich nun nicht läugnen, daß alle älteren Interpreten und Commentatoren in ganz naiver Betrachtung der Sache, eine weit bessere Anschauung des Verhältnisses dieser Testamente zum Ganzen der Erbfolge, und eine richtigere Würdigung des Begriffes dieser ersten Periode Römischer Geschichte gehabt haben, als in der zuletzt angeführten Meinung zu finden ist. Diese stellt, abgesehen von allen Zeugnissen, eine dem Geiste dieser Periode vollkommen zuwiderlaufende Behaup-

31) Dernburg a. a. O. S. 77.

Digitized by Google

tung auf, daß nämlich die Willkühr in dieser, wie in den spätern Perioden, schon den Grundton des Testaments ausgemacht habe, und daß die allgemeinere und substantiellere Comitienform für das Testament nur ein ganz zufälliges, in Beziehung auf ein andres Verhältniß (sacrorum detestatio) entstandenes Ereigniß sey. [32]) Aber wenn wir auch nur das, von dieser Meinung selbst Zugestandene ins Auge fassen, daß es nichts Geringeres als die Comitien des Römischen Volkes waren, in denen einzig und allein Testamente errichtet werden konnten, so dürfte es für den Begriff der Sache fast gleichgültig erscheinen, wie die Form der Abstimmung in diesen Comitien gewesen sey, und ob überhaupt abgestimmt worden, da dieses allein, die Willkühr zu nöthigen ihre Entschlüsse einer Volksversammlung vorzulegen, schon eine Vernichtung dieser Willkühr ist, welche eben nur darin besteht, gar nichts außer sich anzuerkennen. Selbst in der spätern Form dieser Comitien, als sie aus Volksversammlungen zu bloß kirchlich-geschlechtlichen Genossenschaften herabgesunken waren, [33]) und mehr die Behörde der Pontifices als das Römische Volk bedeuteten, [34]) ist noch das Substantielle vorhanden, welches diese Comitientestamente zu

32) Auch ich bin früherhin so oberflächlich gewesen dasselbe zu behaupten, S. meine Scholien zum Gajus S. 279., weshalb ich mich hier selbst anklagen muß.

33) Cicero de lege agraria II. 12. Sint igitur decemviri, neque *veris comitiis*, hoc est *populi suffragiis* neque illis ad speciem atque ad usurpationem vetustatis per *XXX lictores*, auspiciorum causa, adumbratis, constituti.

34) S. Niebuhr Römische Geschichte I. 234. Wachsmuth, die ältere Geschichte des Römischen Staates S. 337 u. f. Hüllmann, Staatsrecht des Alterthums S. 370. Burchhardi, Grundzüge des Rechtssystems der Römer S. 29.

Digitized by Google

ganz anderen Erscheinungen, als die späteren letztwilligen Verfügungen sind, macht. Denn die Willkühr hört auf Willkühr zu seyn, sobald sie sich einer großen und bedeutenden Weihe, sey diese auch noch so formell, unterwerfen muß. Sie hat alsdann ihren Zusammenhang noch mit dem Allgemeinen bewahrt. Die wahre Willkühr ist aber das ganz Zusammenhangslose das sich nicht in einem anderen weiß. Die Gründe, welche für die Identität der testamenta calatis comitiis mit den späteren auf Willkühr beruhenden, im Wesentlichen von Dernburg vorgebracht worden sind, sind aber in der That höchst äußerlich und in so fern schwach. Wir werden von einigen noch weiter unten zu sprechen Gelegenheit haben. Daß z. B. die Comitien nur zweimal im Jahre gehalten wurden, beweist gerade, statt zu widerlegen, die Seltenheit, die Unwiderruflichkeit, und den Zusammenhang dieser Testamente mit den Familienverhältnissen, da sie nur in den, diesen Angelegenheiten gewidmeten Zeiträumen zur Sprache kamen. Eben so wenig kann das testamentum procinctu irgend eine Abweichung in diese nothwendige ursprüngliche Einigung des testamentarischen und Familienverhältnisses bringen. Was dagegen vorgebracht worden ist, daß ja wenige Augenblicke vor der Schlacht, nicht an eine lex zu denken sey, daß ein Volksbeschluß hier gar nicht möglich gewesen, wird dadurch widerlegt, daß die testamenta procinctu als ein wesentlicher Hauptpunkt der religiösen Schlachtweihe aufgeführt werden. [35]) Wie sehr das Römische Volk als mitwirkend beim testamentum procinctu gedacht wird, erweisen zur Genüge die Worte des *Cicero*: ac se, tanquam in procinctu testamentum faceret sine libra atque tabulis *populum Romanum* tutorem

35) Cicero de natura deorum II, cap. 3.

instituere dixisset illorum orbitati [36]) Steht so, wie es dem Begriffe dieser Periode angemessen ist, der engere Zusammenhang der testamentarischen Erbfolge und des Familienerbrechts durch das Mittel der Comitien oder der Schlachtweihe, man mag nun übrigens von diesen selbst glauben was man will, fest, so darf hier vielleicht noch weiter gegangen und behauptet werden, daß diesen ältesten Römischen Testamenten eine noch weit innigere Verbindung mit den Familienverhältnissen, als die Bestätigung durch ein Gesetz ist, zu Grunde gelegen habe. Ich glaube nämlich in diesen Testamenten gar nichts Geringeres als ein adoptives Verhältniß des Testators und des Erben selbst zu erkennen. Bei den geringen und dunkeln Zeugnissen der Alten über diese Testamente, fällt freilich diese Behauptung nur in das Gebiet der historischen Vermuthung, eine Vermuthung, die hier jedoch nun weiter zu begründen ist.

Zunächst muß hier die Frage aufgeworfen werden: wenn das Verhältniß des Erben zum Testator in diesen ältesten Testamenten, ein Adoptivverhältniß gewesen seyn soll; was ist unter dieser Adoption näher zu verstehen? Bekanntlich kennt das Römische Recht zweierlei Arten von Adoptionen, die Adoption solcher, die in keiner väterlichen Gewalt stehen, (arrogatio) und die Adoption derer, welche aus einer in die andre väterliche Gewalt übertreten, (adoptio s. s.) [37]) Nur die erste findet, wie uns berichtet wird, in den Comitien vor dem Volke statt, die andre vor dem competenten Magistratus. Nehmen wir also ein Adoptivverhältniß des Testators und Erben an, so würde solches, da die Errichtung der Testamente vor das Volk

36) De oratore I. cap. 53.

37) Gaji Comm. I. §. 98. §. 1. I. de adopt. Ulpianus VIII. §. 12.

kam, auf die arrogatio beschränkt gewesen seyn; es würde also folgen, daß keiner, als ein solcher der sui juris ist, hätte Testamentserbe seyn können. Eben so wird folgen, daß Frauen mit denen keine comitiorum communio ist, nicht eingesetzt werden konnten.

Aber die Doppeleintheilung der Adoption in arrogatio und Adoption im engeren Sinne, ist sicherlich nicht eine solche, die der älteren republicanischen Zeit, geschweige denn der Periode des Königsthums zugeschrieben werden kann. Der Ausdruck arrogatio selbst, welcher in der Kaiserzeit der bezeichnende für die Adoption eines Mannes, der sui juris ist, war, [38]) kommt in der frühern Zeit nicht vor. Wo Cicero von der Arrogation des Clodius in die plebejische Familie des Fontejus spricht, gebraucht er nie diesen Ausdruck, sondern das Wort adoptio allein; es liegt aber gerade hier die wichtige Frage vor, ob diese arrogatio jure pontificio gelte oder nicht. [39]) Sodann ist von selbst einleuchtend, daß die Adoption im engeren Sinne vor dem Magistratus, welche auf einer doppelten Form, der Emancipation abseiten des natürlichen Vaters, und einer in jure cessio, oder scheinbaren Vindication abseiten des Adoptirenden beruht, [40]) nicht früher eingetreten seyn kann, als die Mancipationsform per aes et libram, und die in jure cessio überhaupt. Nach dieser Mancipationsform wird diese Adoptionsweise selbst die adoptio per aes et libram genannt. [41]) Da nun aber auf keine Weise anzunehmen ist, daß die Mancipationsform

38) Gellius V. 19. Tit. D. de adopt. I. 7.

39) Cicero pro domo cap. 13 et sq.

40) Gellius l. l. Adoptantur autem, quum a parente, in cujus potestate sunt, tertia mancipatione in jure ceduntur, atque, ab eo, qui adoptat, apud eum, apud quem legis actio est, vindicantur.

41) Suetonius Aug. cap. 64.

Digitized by Google

früher bei der Adoption, als bei der Testamentserrichtung selbst angewandt worden ist, oder mit anderen Worten, da nicht angenommen werden kann, es habe früher eine adoptio per aes et libram, als ein testamentum per aes et libram gegeben, so würde immer behauptet werden müssen, daß für die Zeit der testamenta calatis comitiis, von der wir jetzt hier sprechen, entweder die Adoption im engern Sinne noch gar nicht existirt habe, [42]) oder doch von der Arrogation ungetrennt, in den Comitien vor dem Volke verhandelt worden sey. Es läßt sich nämlich sehr wohl denken, daß in jenen alten Zeiten der Römischen Geschichte, bei festen, concreten und ursprünglich gediegenen Familienverhältnissen, als die Willkühr den ungeheuren Bruch in dieselben noch nicht hineingebracht hatte, der Fall nicht vorgekommen seyn mag, daß ein Vater sich seines Kindes entäußerte, um es in fremde Gewalt zu bringen, oder dafern es sich hie und da ereignete, daß es dann immer eines Volksschlusses bedurft hätte, um eine solche Veränderung des Familienverhältnisses hervorzubringen, gerade wie es bei dem Manne, der sui juris ist, nothwendig war. Die Schwierigkeiten also, die für den hier aufgestellten Satz, daß die älteren Testamente ein Adoptivverhältniß begründet hätten, aus dem Umstande hervorzugehen scheinen, daß der Fall der Adoption im engeren Sinne nicht damit zu vereinigen sey, werden vollständig durch das Gesagte gehoben, daß es eben in diesen älteren Zeiten keinen Unterschied, der Form nach, zwischen Arrogation und Adoption gegeben habe. Aber wir haben nun die Gründe zu entwickeln welche unsere Vermuthung, daß die ältesten Testamente ein Adoptivverhältniß enthalten haben, unterstützen sollen.

42) Beispiele davon im Cicero de finibus bon. et mal. I. 7. Valerius Maximus VII. 7. 2. Dio Cassius XXXIX. 17.

Digitized by Google

I. Es ist eine längst anerkannte Thatsache, daß die calata comitia, in welchen die Testamente errichtet wurden, lediglich Curiatcomitien gewesen sind. [43]) Zwar haben ältere Schriftsteller gar häufig und in Beziehung auf die wenigstens zweifelerregende Stelle des Gellius, [44]) auch die calata comitia zu Centuriatcomitien machen wollen. [45]) Der Umstand jedoch, daß andre Zeugnisse, bei Familienangelegenheiten und Beschlüssen darüber von einer lex curiata sprechen, [46]) so wie der andre, daß der Begriff der Centuriatcomitien gar nicht an solche Verhandlungen innerhalb ihrer denken läßt, während die Curien wesentlich religiös-geschlechtliche Versammlungen waren, kann die eben erwähnte Thatsache aus dem Kreise des Bestreitbaren zu fester historischer Gewißheit erheben. Nicht mit Unrecht hat man daher in der neuesten Zeit auf die Verwandtschaft der Römischen Curien und der Griechischen Phratrien hingewiesen, und das Analogische beider aufgezeigt, [47]) wozu man durch die Weise Griechischer Schriftsteller die Curien in die Griechischen Phratrien, und das curiatische Gesetz in ein Gesetz der Phratrien zu übersetzen, um so mehr berechtigt seyn mußte. [48]) Diese Vergleichung der Curien und

43) Niebuhr I. 235. Hüllmann a. a. O. S. 369.

44) Noct. att. XV. 27.

45) Thomasius l. l. p. 1040. Huber. Digress. IV. 30. §. 3. Bergmann de numero septenario testium in testamentis. §. 13. Die bessere Ansicht haben schon von älteren Schriftstellern Vinnius ad §. 1. I. de test. ord. Trekell l. l. p. 40.

46) Cicero de lege agr. II. 11. 12. Gellius V. 19. Livius IX. 38.

47) Niebuhr I. 229. Hüllmann a. a. O. S. 332.

48) Dionysius Halic. II. 14. Κατὰ τὰς φράτρας συγκαλούμενος. Appianus Bell. civ. II. 142. III. 94. Dio Cassius XIV. 3. Νόμον τὸν φρατριατικὸν.

Digitized by Google

Phratrien, namentlich in der späteren Gestalt dieser ersteren, führt von selbst darauf, das dasjenige, was in den Curiatcomitien in Beziehung auf die religiös-geschlechtliche Weihe vorgenommen wurde, einen ganz nahen Zusammenhang mit der Familie gehabt haben muß. Es kann nicht gedacht werden, daß in diesen, gerade der Familie und ihrer Fortdauer gewidmeten Versammlungen, ein Act hätte sanctionirt werden können, der nicht allein außerhalb der Familie befindlich wäre, sondern ihr geradezu gegenüberstünde. Vielmehr liegt es im Begriff dieser geschlechtlichen Gemeinschaften, daß jedes Fremdartige, außer der Familie Seyende, durch die Weihe in diesen Comitien den Stempel des Familienmäßigen und der Gemeinschaft erhielt. Wir kommen auf das testamentum calatis d. h. curiatis comitiis zurück. Es läßt sich hier eine doppelte Ansicht in Beziehung auf dasselbe denken. Der durch die Curiatcomitien sanctionirte Erbe sey, wie der Erbe des späteren Rechts, seinem Testator bis zu des letzteren Tode eine völlig fremde Person geblieben, die nur durch die Bestimmung der Nachfolge in eine Art von Verbindung mit ihm getreten sey, oder auch der in den Comitien ernannte Erbe habe durch diese Ernennung schon jenes festere Band zu dem Erblasser erlangt, das nun nicht allein die Nachfolge, sondern auch eine verwandtschaftliche Beziehung zu demselben bewirkt habe. Gegen die erste Annahme spricht nun das schon oben Ausgeführte, daß die baare und nackte Willkühr nicht das Criterium in diesem Testamente war, ferner, daß das einmal in den Curiatcomitien bestätigte Testament, sicherlich nicht nach Belieben jederzeit revocabel war. Es würde nämlich für diese ersten Zeiten der Römischen Geschichte wahrlich von einer geringen Achtung und Bedeutung dieser Comitien zeugen, wenn man sie so als den Spielball und die leere Form, für das jedesmalige

Belieben des Testirenden betrachten wollte, da doch Cicero noch in den letzten Tagen der sterbenden Republik über eine Abweichung vom strengen jus pontificium wehklagt. Hat aber die Sanction der Comitien für die Testamente den Character der Unwiderruflichkeit, oder doch wenigstens der Unmöglichkeit des leichtsinnigen Widerrufs gehabt, so muß eben dadurch ein festes Verhältniß zwischen dem Testator und dem bestätigten Erben entstanden seyn. Denn ein Erbe, der nicht mehr um solcher zu bleiben, von der Willkühr des Testators abhängt, ist nothwendig bei dem innigen Zusammenhang, in welchem das Vermögen, die sacra und die Familie stehen, ein Mitglied des Familienverbandes seines Testators geworden. Betrachten wir nun den schon oben angegebenen Zusammenhang der Curien und Phratrien, und die Uebereinstimmung, die ganz natürlich zwischen dem ältesten Römischen Recht und Griechischen Institutionen herrschen dürfte, so wird das hier Aufgestellte noch einen bedeutenden Grad von Bestätigung erlangen. Es ist bereits im ersten Bande auseinandergesetzt worden, [49]) daß das Attische Testament, nichts anderes als die Adoption eines nicht eingebornen Kindes gewesen sey. Wie die Adoption unter Lebenden eine Einführung in die Phratrien erforderte, so war das Testament nichts anderes als eine Erklärung der Adoption in einer Urkunde vor den Phratoren. Der Erbe war nicht bloß eine flache und leere Qualität, die erst nach dem Tode des Testators eine Bedeutung erhielt, sondern von dem Augenblick der Testamentserrichtung an, hatte derselbe eine sehr erfüllte Stellung: er konnte des Vermögens nicht theilhaftig werden, ohne auch der Sohn des Verstorbenen gewesen zu seyn. [50]) Der Zusam-

49) 1. Band S. 390.
50) S. 1. Band S. 410.

menhang aber des ältesten Römischen Rechts und des Griechischen, wiewohl er nicht in bedeutenden Erscheinungen auf historische Weise dargethan werden kann, ist unzweifelhaft. Es ist also, selbst bei dem Mangel historischer Zeugnisse, keine sehr gewagte und unwahrscheinliche Behauptung, daß, wie das Griechische Testament nichts als eine Adoption vor den Phratoren war, also auch das Testament der calata comitia, ein daraus hervorgehendes Adoptivverhältniß zwischen dem Testator und dem Erben enthalten habe.

II. Die Untersuchung, die vor der Bestätigung des Testaments in den Comitien sicherlich voranging, die also gewiß eine genaue Einsicht in die Familienverhältnisse des Testators voraussetzte, muß, wenn sie eine Entscheidung zu Gunsten des Testaments bewirkte, doch diesem nun anerkannten Verhältnisse einen gewissen Grad von Festigkeit gegeben haben; dieses Verhältniß kann aber gar nicht anders denn als ein verwandtschaftliches, wie auch schon gesagt worden, gedacht werden. Wir haben zwar nun keine näheren Zeugnisse über die Weise der Untersuchung in Testamentsangelegenheiten, aber das uns bekannte Verfahren in diesen Comitien im Allgemeinen, so wie auch die Weise der Untersuchung in Arrogationsfällen, läßt einen nicht unbegründeten Schluß auf die Testamentsuntersuchung machen. Wo Cicero [51]) von der Arrogation des Clodius durch den Fontejus spricht, und dieselbe als ungesetzlich antastet, sagt er Folgendes: Quod est pontifices, jus adoptionis? nempe ut is adoptet, qui neque procreare jam liberos possit, et cum potuerit, sit expertus. Quae deinde causa cuique sit adoptionis, quae ratio generum ac dignitatis, quae sacrorum,

51) pro domo cap. 13. 14.

quaeri a pontificum collegio solet. Quid est horum in ista adoptione quaesitum? Adoptat annos viginti natus, etiam minor, senatorem. Liberorumne causa? at procreare potest, habet uxorem: suscepit etiam liberos. *Exheredabit igitur pater filium.* Quid? sacra Clodiae gentis cur intereunt, quod in te est? quae omnis notio pontificum, cum adoptavere, esse debuit. — — — — *Pontificibus bona causa visa est*, approbaverunt. Non aetas ejus, qui adoptabat, quaesita est, ut in Cn. Aufidio, M. Pupio: quorum uterque nostra memoria, summa senectute, alter Orestem, alter Pisonem adoptavit, quas adoptiones, sicut alias innumerabiles *hereditates nominis, pecuniae, sacrorum secutae sunt.* Tu neque Fontejus es, qui esse debebas, neque patris heres, neque amissis sacris paternis in haec adoptiva venisti. Ita perturbatis sacris, contaminatis gentibus et quam deseruisti, et quam polluisti, *jure Quiritium legitimo tutelarum et hereditatum relicto*, factus es ejus filius, cujus per aetatem pater esse potuisti u. ſ. w. [52]) Daß eine nicht minder ſtrenge Unterſuchung rückſichtlich der Teſtamente in calatis comitiis als bei der Arrogation, ja eine noch bei weitem ſtrengere ſtatt gefunden hat, geht aus dieſer Rede des Cicero ſelbſt hervor. Die Wichtigkeit nämlich, welche er auf die Adoption ſetzt, und ihre hauptſächliche Wirkung ſoll darin be-

52) Cf. Gellius V. 19. sed arrogationes non temere nec inexplorate committuntur, nam comitia, arbitris etiam pontificibus praebentur, quae curiata appellantur: aetasque ejus, qui arrogare vult, an liberis potius gignundis idonea sit, bonaque ejus, qui arrogatur ne insidiose appetita sint, consideratur, jusque jurandum a. Q. Mucio pontifice maximo conceptum dicitur, quod in arrogando juraretur.

Digitized by Google

stehn, daß hereditates nominis, pecuniae, sacrorum, folgen. Daß nun diese Wirkung bei den Testamenten von vorn herein, wenigstens die hereditas pecuniae et sacrorum statt findet, läßt ganz klar auf eine nicht minder genaue Untersuchung bei den Testamenten in calatis comitiis schließen. Die Untersuchung bei der Arrogation ist aber hauptsächlich dahin gerichtet, ob der Adoptirende leibliche Kinder habe, oder noch erhalten könne. Dahin wird also eben so die causae cognitio rücksichtlich der Errichtung von Testamenten gegangen seyn, denn es läßt sich nicht denken, daß bei den Testamenten andre Punkte der Berücksichtigung eingetreten seyen, da doch die Wirkungen dieselben wie bei der Arrogation waren. Ist aber bei den Testamenten dies der nächste Punkt der Untersuchung ob Kinder vorhanden seyen oder nicht, so folgt weiter, daß die Testamente selbst ein ähnliches Verhältniß, nämlich ein adoptives begründet haben müssen; oder mit anderen Worten, da die Testamente calatis comitiis an und für sich eine hereditas pecuniae et sacrorum bewirkten, so ist ohne Zweifel anzunehmen, daß sie auch eine hereditas nominis in sich schlossen, welche ohne die sacra und pecunia ohnehin etwas Leeres und Nacktes gewesen wäre. Wie ließe es sich denken, daß über sacra und pecunia, nicht aber über nomen in calatis comitiis bestimmt worden sey? Oder sollte hier sogar bloß über pecunia nicht über die sacra ein Beschluß gefaßt worden seyn? Die sacra und pecunia sind in der späteren Zeit noch zu sehr verwandt, als daß in der frühesten nicht ihre innigste Gemeinschaft behauptet werden müßte. [53]) Es

53) Gerade in dieser älteren, priesterlichen Zeit will Dernburg a. a. O. S. 72 u. f. ganz gegen den Begriff dieser Periode gar nichts von sacris privatis wissen, als ob die spätere Zeit das völlige Entstehen eines religiösen Zusammenhangs enthalten könnte. Ueber die sacra selbst können wir erst weiter unten sprechen.

Digitized by Google

ist fast unmöglich bei dem testamentum calatis comitiis nicht an ein adoptives Verhältniß zu denken, wenn man die beständige Zusammenstellung von caput und bona noch in der späteren Zeit sieht; hoc esse denique proprium liberae civitatis ut nihil de *capite* civis aut de *bonis*, sine judicio senatus, aut populi aut eorum qui de quaque re constituti judices sint, detrahi possit, sagt Cicero. [54])

III. In der Stelle, in welcher Gellius [55]) von den Comitien spricht, sagt er: iisdem comitiis quae calata apellari diximus, et sacrorum detestatio et testamenta fieri solebant. Offenbar soll hier ein Zusammenhang zwischen der sacrorum detestatio und den Testamenten angedeutet seyn. Wäre dieser Zusammenhang nicht vorhanden, und gehörten diese beiden Gegenstände nicht zusammen, so könnte man zu fragen geneigt seyn, warum nicht auch andrer vor die comitia gehörender Dinge, z. B. der Arrogation hier Erwähnung geschehen sey. Diese Frage läßt sich nur beantworten, wenn man eben annimmt, die sacrorum detestatio und die Testamente seyen nicht zwei einzelne, von einander unabhängige Geschäfte, so daß man sich zu verwundern hätte, warum nicht noch andre Aufzählungen gemacht worden, sondern zwei so zusammengehörige, [56]) daß davon auf andre kein Schluß zu machen sey. Gehören aber die sacrorum detestatio und die Testamente zusammen, oder scheint es

54) pro domo, cap. 13.

55) XV. 27.

56) Die Zusammenstellung von sacrorum detestatio und testamentum findet sich noch einmal bei Gellius VI. 12. Servius Sulpicius jureconsultus, vir aetatis suae doctissimus, in libro de sacris detestandis secundo, qua ratione adductus testamentum verbum esse duplex, scripserit, non reperio.

Digitized by Google

der Fall zu seyn, daß dem testamentum calatis comitiis immer nothwendig die sacrorum detestatio, oder die Lossagung des Erben von den alten sacris voranging, [57]) so wäre es eben so augenscheinlich, daß das testamentum calatis comitiis eine Adoption enthalten habe, denn die sacrorum detestatio setzt, wie sie den Austritt aus der alten Familie bezeugt, nothwendig den Eintritt in die neue Familie, und die Uebernahme der neuen sacra voraus. Es wäre dadurch zugleich erklärt, warum Gellius in der erwähnten Stelle nicht von der Arrogation, als einem auch vor die Curiatcomitien gehörigen Geschäfte spricht, da das adoptive Verhältniß ohnehin schon innerhalb der Testamentserrichtung und der sacrorum detestatio lag.

IV. Wenn die bisher angeführten Gründe für den Satz, daß die älteren Testamente ein Adoptivverhältniß enthalten hätten, sicherlich noch nicht geeignet waren denselben zu großer Gewißheit zu erheben, so giebt der jetzt folgende Grund einen weit größeren Beitrag zu dieser Gewißheit ab. Es ist nämlich dieser, die noch im späteren Recht, selbst in den Anfängen der Kaiserperiode, vorkommende adoptio per testamentum. Wir wollen die Zeugnisse für diese Adoptionsweise voranschicken, ehe wir uns daran machen, das Nöthige daraus abzuleiten.

Cicero führt bei Gelegenheit des Satzes, daß man durch Hören und Uebung gut reden lernen könne, den L. Crassus an, der so hieß, weil er vom Crassus im Testament adoptirt worden war.

Quid Crassum inquam illum censes, istius Liciniae filium, *Crassi testamento qui fuit adoptatus?* [58])

57) Conf. Schwarz, de sacrorum detest. in diss. sel. Erl. 1778. p. 309. v. Savigny, Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft. II. 399 — 403.

58) In Bruto, cap. 58.

Digitized by Google

Zu den hiſtoriſch-wichtigen teſtamentariſchen Adoptionen gehört aber namentlich die Adoption des Auguſtus durch Cäſar, ſo wie die weitere Beſtätigung durch die Curien. Sie wird uns von folgenden Schriftſtellern mitgetheilt.

Suetonius in Julio cap. 83.

In ima cera C. Octavium etiam in familiam nomenque adoptavit.

Appianus Bell. civ. II. 141.

Διαθῆκαι δὲ τῷ Καίσαρος ὄφθησαν φερόμεναι, καὶ εὐθὺς αὐτὰς τὸ πλῆθος ἐκέλευεν ἀναγινώσκειν. Θετὸς μὲν δὴ τῷ Καίσαρι παῖς ἐγίγνετο ἐν αὐταῖς, ὁ τῆς ἀδελφῆς θυγατριδοῦς Ὀκταούιος.

Idem Bell. civ. III. 94.

Ἀπὸ δὲ τῶν θυσιῶν, ἑαυτὸν, εἰσεποιεῖτο τῷ πατρὶ αὖθις κατὰ νόμον κυράτιον. Ἐξι δ' ἐπὶ τῷ δήμῳ γίγνεσθαι τὴν θέσιν· Κυρίας γὰρ, ἐς μέρη τὰς φυλὰς ἢ τοὺς δήμους διαιροῦντες, καλοῦσιν ὡς Ἕλληνας εἰκάζοντι φάναι φρατρίας. Ἐπινομώτα θ' ὅς δ' ἐξὶ Ρωμαίοις ὁ τροπος ὅτος ἐπὶ τῶν ἀπατόρων, καὶ δύνανται μάλισα αὐτοὶ ἴσα τοῖς γνησίοις παισὶν ἄγειν τοὺς συγγενεῖς τῶν θεμένων, καὶ ἀπελευθέρους. Ταίῳ δ' ἦν, τάτε ἄλλα λαμπρὸ, καὶ ἐξελεύθεροι πολλοί τε καὶ πλούσιοι, καὶ διὰ τό δ' ἴσως μάλισα ὁ Καῖσαρ ἐπὶ τῇ πρότερᾳ θέσει κατὰ Διαθήκας γενομένη καὶ τῆς δὲ ἐδεήθη.

Dio Cassius XIV. 3.

Τά τε ἄλλα ἐκεῖνος καὶ λόγῳ καὶ ἔργῳ αὐτὸν, ἐκάκιε, καὶ τὸν νόμον τὸν φρατριατικὸν ἐσφερόμενον,

Digitized by Google

καθ' ὃν τὴν ἐσποίησιν αὐτῷ τὴν ἐς τὰ τοῦ Καίσαρος γενέσθαι ἔδει, αὐτὸς μὲν, ἐσπέδαζε, δῆθεν ἐσενεγκεῖν, διὰ δὲ δημάρχων τινῶν ἀνεβάλλετο, ὅπως ὡς μηδέπω παῖς αὐτῷ ἐκ τῶν νόμων ὢν μητέ τι τῆς ἀσίας πολυπραγμονοίη, καὶ πρὸς τ' ἄλλα ἀσθενέστερος εἴη. [59])

Epitome Livii, lib. CXVI.

Testamento Caesaris heres ex parte dimidia institutus, C. Octavius sororis nepos, *et in nomen adoptatus est.*

Eben ſo wird der Kaiſer Tiberius vom Senator M. Gallius im Teſtamente adoptirt.

Suetonius in Tiberio cap. 6.

Post reditum in urbem a M. Gallio Senatore *testamento adoptatus*, hereditate adita, mox nomine abstinuit, quod Gallius adversarum Augusto partium fuerat. [60])

Häufig wird zwar nicht mit ausdrücklichen Worten von einer teſtamentariſchen Adoption geſprochen, aber dennoch von der Bedingung, den Namen des Erblaſſers zu führen, eine Bedingung, die auch noch zuweilen in den Pandekten vorkommt.

Cicero Offic. III. 18.

Cum Basilius M. Satrium sororis filium, *nomen suum ferre*, voluisset, eumque fecisset heredem.

---

59) Conf. Ovidius Metamorph. XV. v. 818. Eutropius libro VII. cap. 4.

60) Ueber dieſe teſtamentariſchen Adoptionen S. noch Cornelius Nepos in Attico cap. 5. Suetonius in Galba cap. 17. Seneca de brevitate vitae cap. 15. Plinius epistolae VIII. 18.

Digitized by Google

Suetonius in Octavio cap. 101.

Heredes instituit primos Tiberium ex parte dimidia et sextante; Liviam ex parte tertia, quos et *ferre nomen suum* jussit.

L. 7. D. ad S. C. Trebellianum (Maecianus.)

Quid enim, si morbo adplicitus Alexandriae jussus fuit adire? *vel nomen vispellionis testatoris ferre.*

L. 63. §. 10 eodem (Gajus).

Si vero nominis ferendi conditio est, quam Praetor exigit: recte quidem facturus videtur, si eam expleverit, *nihil enim male est, honesti hominis nomen adsumere*, nec enim in famosis et turpibus nominibus hanc conditionem exigit Praetor, sed tamen, si recuset nomen ferre, remittenda est ei conditio, ut Julianus aut, et permittendae utiles actiones etc. [61])

Diejenigen Schriftſteller, welche das testamentum per adoptionem und die Nachrichten darüber [62]) ihrer

---

61) Conf. l. 19. §. 6. D. de don. (39. 5.) Dieſe Bedingung, ihren Namen zu führen, findet ſich ſpäter auch in den Teſtamenten der Frauen, obgleich es immer etwas anrüchig macht, wenn man die Erbſchaft unter der Bedingung annimmt. Cicero ad Atticum VII. 8. Dollabellam video Liviae testamento cum duobus coheredibus esse in triente sed juberi mutare nomen. Est πολιτικὸν σκίμμα rectumne sit nobili adolesscenti, mutare nomen mulieris testamento. Sed id φιλοσοφώτερον διευκρινήσομεν, cum scierimus, quantum quasi sit in trientis triente.

62) In Beziehung auf die Adoption des Auguſtus kann man noch anführen: *Vellejus Paterculus*, II. 59. Caesaris testamentum apertum est, *quo* C. Octavium, nepotem sororis suae Juliae, *adoptabat*, und *Florus* IV. 4. Prima civilium motuum causa testamentum Caesaris fuit, cujus secundus haeres Antonius praelatum sibi Octavium furens, inexpiabile contra *adoptionem* acerrimi juvenis susceperat bellum.

Digitized by Google

Aufmerksamkeit gewürdigt haben, sind von jeher verschiedener Meinung gewesen. Die Meisten [63]) haben behauptet, diese Adoptionsform, wenn sie überhaupt so genannt werden könnte, lasse keine eigentliche Adoption entstehen, sie habe nur die Wirkung, daß der Name des Erblassers auf den Erben übergehe, ohne daß sonst weiter Familienrechte dadurch gewährt würden: so stehe z. B. der im Testamente adoptirte Erbe, zu den Freigelassenen seines vermeintlichen Adoptivvaters in gar keinem Patronatsverhältniß. [64]) Einige andre [65]) haben diese Adoption, jedoch mit mehrern Beschränkungen, [66]) für eine vollgültige erklärt, ohne daß die großen Schwierigkeiten, die derselben entgegentreten, von ihnen beseitigt worden wären.

Man kann nämlich durchaus nicht läugnen, daß sehr Vieles für und wider die eben mitgetheilten auseinander gehenden Meinungen, sich anführen läßt. Aber es ist nöthig, dieses Für und Wider nicht allein zu kennen, sondern hier auch lebendig auftreten zu lassen, damit der eigentliche Standpunkt der Sache aus dem Nebel, der ihn zu umgeben scheint, hervortreten könne.

Wider die Ansicht, daß die adoptio per testamentum eine wahrhafte Adoption begründet habe, läßt sich Folgendes sagen.

---

63) Conf. Cujacii observatione VII. 1. 7, Brissonius de formulis VII. 26. p. 575. Huber. Digress. II. 6.

64) Cujacius l. l. hauptsächlich wegen Appianus l. l. Sie sollen also den extraneis heredibus gleichzusetzen seyn. Conf. Gaji Comm. III. 48. meine Scholien zum Gajus S. 362.

65) Hotomannus Quaest. illust. cap. 34. Cannegieter Observationum juris Romani, II. 20. p. 221 — 225.

66) Hotomannus l. l. beschränkt diese Adoption auf die Arrogation; daher denn keine filiafamilias durch Testamente adoptirt werden könne.

Digitized by Google

A. Mehrere Stellen, die uns von der Adoption des Augustus durch das Testament des Cäsar sprechen, verfehlen nicht uns zugleich anzudeuten, daß Augustus nicht gesäumt habe, die Bestätigung dieser Adoption in den Curien nachzusuchen, ja, daß er ängstlich bemüht gewesen sey, diese Bestätigung zu erhalten; [67]) andere erzählen uns von den Bemühungen die gemacht worden seyen, diese Adoption zu hintertreiben. [68]) Ist aber erst eine Bestätigung abseiten der Curien nöthig, um diese testamentarische Adoption zu einer vollgültigen zu erheben, so scheint die Ansicht vollkommen gerechtfertigt zu seyn, daß die adoptio per testamentum im Grunde nur dem Namen nach eine Adoption gewesen sey. Diesen Grund für seine Meinung führt schon Cujacius [69]) an.

B. Eben so auffallend ist es, daß uns in den juristischen Schriftstellern, weder in denen, deren echte Schriften wir besitzen, noch in solchen, welche durch das Medium der Compilation uns mitgetheilt worden, irgend eine Erwähnung der adoptio per testamentum auch nicht einmal als antiquarische Rückerinnerung, finden. Bloß was wir oben von den Nachrichten über diese Adoption getrennt haben, nämlich die Erwähnung der Bedingung der Namensannahme, findet sich in den angegebenen Stellen der Pandekten vor. Selbst nicht einmal als eine Art unvollkommener Adoption wird diese testamentarische bei den juristischen Schriftstellern bezeichnet. Sollte aber dieses Stillschweigen nicht darauf hindeuten, daß die genannte Adop-

67) Appianus l. l. Dio l. l.

68) Dio l. l. Florus l. l. Hier wird vom Antonius gesagt: cunctis artibus cooptationem Juliae gentis inhibere non desineret.

69) Obs. VII. 7.

Adoption kein wahrhaft juristisches Verhältniß begründet habe, sondern bloß durch die Ungenauigkeit der unjuristischen Schriftsteller mit diesem Namen belegt worden sey?

C. Eine andre Schwierigkeit, welche sich der Annahme, die testamentarische Adoption sey eine wirkliche gewesen, entgegensetzt, liegt in dem inneren Wesen der Sache selbst. Die Adoption begründet nothwendig väterliche Gewalt. Nur diese väterliche Gewalt ist die Vermittelung zu Familienrechten, welche durch dieselbe entstehen. Die adoptio per testamentum, indem sie erst zugleich mit der Wirksamkeit des Testaments beginnt, würde also erst nach dem Tode des Adoptivvaters anfangen können. Ihr Erstes würde also seyn aufzuhören, oder ihr Anfang würde seyn, gar nicht anzufangen. Somit scheint die adoptio per testamentum schon ihrem Begriffe nach, keine wirkliche Adoption enthalten zu können.

D. Das ganze Wesen der Adoption hat nichts Willkührliches in sich. Es beruht zum Theil auf genauerer Untersuchung, zum Theil aber auf dem Willen des Adoptirten. Beides ist in der Adoption durch Testament nicht möglich, indem hier die Verfügung willkührlich ist, dann aber eine solche Untersuchung, da der Adoptirende schon todt ist, nicht statt finden kann.

Wenn diese Gründe, dem ersten Anschein nach, die adoptio per testamentum als Adoption vollkommen zu vernichten drohen, und auf den bloßen Namen herabbringen, so läßt es sich nicht läugnen, daß auch für die Wirksamkeit dieser Adoption sich vieles, namentlich das Folgende vorbringen ließe.

A. Nicht bloß einer oder wenige Schriftsteller sind es, die den Namen der Adoption dem eben in Frage stehenden testamentarischen Verhältnisse beilegen, sondern eine ganze Menge übereinstimmender, worunter auch solche,

Digitized by Google

die sonst durch Genauigkeit bekannt sind. Die adoptio in nomen et familiam, wird vom Suetonius [70]) sogar getrennt. Es setzt dieses also wenigstens einen festen eingeführten Sprachgebrauch voraus, der darauf, daß diese Adoption wirklich als solche angesehen worden ist, sich gegründet haben muß.

B. Selbst die Bestätigung, abseiten der Curien, welche als nothwendig zur Ergänzung der testamentarischen Adoption betrachtet wird, setzt die vollständige Gültigkeit derselben voraus. Denn die Verfahrungsweise in diesen geschlechtlichen Versammlungen beruht wesentlich darauf, daß der Adoptirende gefragt werde: ob er adoptiren wolle. Diese seine Gegenwärtigkeit ist das Grundbedingniß der Arrogation. Ersetzt das Testament nun diese Gegenwart, welche zur Totalität des Actus gehört, so ist im Grunde der so unvollständige Act in den Curien das Secundaire, das Testament aber und seine Adoption das Hauptsächliche.

C. Wenn diese Adoption auch zunächst keine väterliche Gewalt hervorbringen konnte, so ließe sich dennoch zu ihrer Rechtfertigung sagen, daß, da diese Gewalt selbst in der Willkühr der Gewalt ist, auch an eine Entäußerung derselben, abseiten des adoptirenden Vaters gedacht werden kann. Es kann daher ein Adoptivvater, indem er durch testamentarische Adoption auf seine Gewalt verzichtet, dem Adoptivkinde alle Vortheile zuwenden wollen, die demselben aus einer rechtmäßigen Adoption entstehen würden. Die Nichtmöglichkeit der Gewalt braucht also noch kein Hinderniß dieser Adoption zu seyn.

Ich habe nicht ohne Absicht das Hin und Her, für und gegen diese testamentarische Adoption gegeben, damit

70) in Julio cap. 83.

Digitized by Google

der eigentlich in Frage stehende Punkt sich daraus entwickele. Die eben angegebenen Gründe für und wider beruhen nämlich beide auf der Ansicht, daß die Adoption zu dem Testamente, als einem Fremden komme, wo es sich dann frage, ob die Adoption auch unter dieser ihr unangemessenen Form bestehen und rechtsgültig seyn könne. Aus dieser Stellung der Aufgabe entstehen aber alle die Hindernisse, welche theils an eine vollständige Wirkung dieser Adoption nicht glauben lassen, theils aber wiederum die Zeugnisse für dieselbe nicht hinwegräumen. Alle Schwierigkeit fällt, sobald Adoption und Testament nicht mehr als zwei einander widersprechende Formen, sondern als ein und dasselbe gefaßt werden. Hierzu bedarf es folgender historischen Entwickelung, welche wohl mehr als Muthmaßung genannt werden darf.

Die testamentarischen Adoptionen, welche uns aus den letzten Zeiten der Republik, und aus den Anfängen der Kaiserzeit mitgetheilt werden, lassen nothwendig auf eine ältere Römische Sitte schließen, aus der sie hervorgingen. Daß sie erst in dieser späten Zeit aufgekommen seyn sollen, ist schlechterdings unmöglich, indem alsdann sowohl zahlreichere Zeugnisse darüber vorhanden seyn müßten, theils aber die juristischen Quellen kein Stillschweigen darüber beobachten könnten. Ein solches Stillschweigen ist nur erklärlich, und die Dunkelheit, welche über diese ganze Adoption liegt, wird nur begreiflich, wenn man annimmt, was auch schon in dem Gange der Sache selbst ist, es seyen diese testamentarischen Adoptionen, welche in der Zeit, aus welcher sie uns mitgetheilt werden, sowohl dem Wesen der Adoption als des Testaments zu widerstreiten scheinen, ein Ueberbleibsel der Sitte älterer Zeit, welcher sie nicht allein nicht widersprechend, sondern sogar gemäß sind. Dadurch fiele die Befremdung, daß sie nicht mehr

Digitized by Google

mit den Institutionen der späteren Republik und des Kaiserthums übereinstimmen, die Zeugnisse aber dafür erhielten einen Sinn, der über eine sehr frühe Zeit uns Auskunft zu ertheilen vermögend wäre.

In den Zeugnissen, die uns über die in Frage stehende Adoption erhalten sind, kommt auch nicht im Geringsten eine Bemerkung vor, welche über diese Sitte, als über eine neue, ein Befremden äußerte. Vielmehr wird bei jedem Falle dieser Gebrauch, als ein sehr bekannter, vorausgesetzt. War nun gleichwohl dieser Gebrauch, als juristisches Institut, nicht vorhanden, so scheint diese Adoption mehr die Bedeutung einer unjuristischen Ehrenbezeigung, als einer wirksamen Verhandlung gehabt zu haben. Aber diesen Mangel an Wirksamkeit kann die Verhandlung von vorn herein nicht gehabt haben; es kann nämlich dies keine Ehrenbezeigung ausmachen, was von Hause aus seiner eigentlichen Bedeutung entblößt ist. Einzig denkbar ist, daß, was später nur noch als Ehrenbezeigung da steht, früherhin auch eine wirksame Bedeutung hatte, daß die Wirksamkeit zwar später aufgehört, in der Form der alten Wirksamkeit aber noch die Sitte sich als Ehrenbezeigung, ohne weitere Rücksicht auf das Bestehende, erhalten hat.

Mit anderen Worten, die testamentarische Adoption der späteren Zeit erhält einen Sinn, wenn man annimmt, in der früheren Zeit habe die testamentarische Einsetzung überhaupt ein adoptives Verhältniß begründet; späterhin sey zwar der Erbe zu dem Testator in ein fremdes, kaltes und habsüchtiges Verhältniß getreten, das, wie es sich zu keinem Familienbande gesteigert, so erst nach dem Tode seine Wirkung geäußert habe; aber wer seinen Erben habe ehren wollen, wer ihn nicht bloß als den kalten und gemüthlosen Nachfolger, sondern als den bessern

Digitized by Google

und näheren Verwandten seiner Person sich gern habe denken mögen, der habe, der Zeit eingedenk, wo die Testamente noch Adoptionen waren, den Erben in seinem Testament adoptirt. Und wie wirkungslos auch diese Adoption gewesen seyn möge, wie wenig sie auch den Erben über den Character des extraneus heres erhoben, so liegt in ihr doch der tiefe Gedanke, daß der Erbe ein Verwandter sey, und die Hinweisung auf eine innigere vorangegangene Zeit.

Die adoptio per testamentum der späteren Zeit ist, nach dem eben Dargestellten daher nichts als eine Reminiscenz der testamenta calatis comitiis. In der ältesten Zeit waren die Testamente zugleich Adoptionen: als aber die Erbschaft und der Erbe dieses innigere Verhältniß verloren, da pflegte man doch noch zuweilen, eingedenk der frühern Bedeutung der Testamente, den Erben zum Adoptivsohn zu machen: beruhigte sich der Erbe bei diesem bloßen Willen des Testators, so war er heres extraneus, wie jeder Nichtadoptirte: ging er aber an die Curien, und erhielt er hier Bestätigung der Adoption, so war gleichsam das Testament in ein ehemaliges testamentum calatis comitiis verwandelt.

V. Wir hätten nun die Hauptgründe für unsere Ansicht, daß das ältere Testament eine Adoption enthielt, dargestellt. Wenn man dieses Resultat nun aber auch für das testamentum calatis comitiis gelten lassen möchte, so könnte man doch das testamentum procinctu dem entgegenstellen wollen. In wie weit läßt sich nämlich eine Adoption, in dem Augenblicke der Schlacht denken, wo gerade die nöthige Untersuchung nicht angestellt werden kann? Sollte jedoch nur das testamentum calatis comitiis eine Adoption in sich enthalten haben, das procinctu aber nicht, so würde das Nebeneinanderbestehen

Digitized by Google

beider allerdings auffallend seyn. Trotz dieser möglichen Reflexionen, die auch schon oben hin und wieder vorgekommen sind, dürfte dennoch das testamentum procinctu durchaus keine Schwierigkeiten machen. Es ist eben so gut denkbar, daß dieses Testament eine Adoption in sich enthalten habe, denn der Augenblick der Schlacht, der keine Untersuchung gestattete, hindert doch nicht den Erben, da er einmal solcher ist, als Adoptivkind anzusehen. Was hier allerdings durch die besonderen Umstände der Untersuchung an Strenge gefehlt haben mag, ersetzt einigermaßen die eigene Lebensgefahr des Testirenden, die ihn mehr als bei entfernter Gefahr von einem leichtsinnigen Verfahren abhalten muß. Uebrigens kennen wir die Bedeutung des testamenti procinctu nach beendigtem Treffen zu wenig, als daß über unsere Frage Entscheidendes gesagt werden könnte. So viel ist gewiß, daß wir noch später in der Kaiserzeit Adoptionen, wie in den Curien, so vor den Truppen, namentlich in den Lägern der Prätorianer, vollbringen sehen. Dies läßt wenigstens darauf schließen, daß es gar nichts abweichendes ist, uns das testamentum procinctu als eine vor den Truppen geschehene Adoption zu denken. Auf diese Weise adoptirt z. B. vor den Truppen der Kaiser Galba den Piso, welchen er schon vorher im Testamente adoptirt hatte.

Suetonius in Galba cap. 16.

Quod ut nunciatum est, despectui esse, non tam senectam suam, quam orbitatem ratus, Pisonem Frugi Licinianum, nobilem egregiumque juvenem, ac sibi olim probatissimum, *testamentoque semper in bona et nomen adscitum*, repente e media salutantium turba apprehendit: filiumque apellans, perduxit in *castra, ac pro concione adoptavit.*

Digitized by Google

Tacitus Hist. I. 18.

Apud frequentem militum concionem, imperatoria brevitate, *adoptari* a se Pisonem, more divi Augusti, *et exemplo militari, quo vir virum legeret* pronuntiat.

VI. Es könnte gefragt werden, wie mit dieser Ansicht, daß die alten Testamente eine Adoption in sich enthalten hätten, der Fall der Caja Tarratia zu vereinigen sey, welcher die lex Horatia die testamentifactio gestattete, [71]) oder überhaupt die Testamente der Frauen, die, wenn auch selten, doch bisweilen vorkommen, [72]) denn da Frauen nicht adoptiren können, so wäre, sollte man meinen, ein Testament in so fern es eine Adoption enthält, bei ihnen unmöglich. [73]) Aber die Schwierigkeit, die schon an sich bei dem Testamente der Frauen überhaupt da ist, wird durch unsere Ansicht nicht vermehrt. Schon früher konnte man fragen: durften sie in den Comitien erscheinen? oder waren sie in der Lage ein testamentum procinctu zu machen? Die Ausnahme, in Beziehung auf die Weiber, mußte also schon immer das enthalten, daß sie etwa durch andre der Form Genüge leisten durften, oder auch dieser Form ganz überhoben waren. Ist aber das Testament in der Zeit, von welcher wir sprechen, nothwendig eine Adoption, so würde das Testament der

---

71) Gellius VI. 7. Plinii H. N. XXXIV. 6. Plutarchus Poplicola p. 101.

72) Z. B. das der Acca Laurentia, Gellius VI. 7. So mythisch diese Person auch ist, so wird doch bei Gelegenheit derselben von einem Testamente gesprochen, das eine Frau gemacht hat.

73) Die Trekellsche Ansicht, l. l. p. 206 et sq. als gehe die Stelle des Gellius nicht auf testamentifactio, sondern nur auf das jus testimonii, kann ich nicht theilen.

Digitized by Google

Weiber weiter durchaus nichts bedeuten, als daß das adoptive Verhältniß zwischen ihnen und ihren Erben in aller Strenge nicht statt findet, sondern etwa ein Band, wie es in der spätern Kaiserperiode unter dem Namen der Adoption, den Weibern zum Troste für herbe Verluste gestattet wird.

Wir hätten somit das, was oben als das Resultat der ersten Periode der Römischen Geschichte, in Beziehung auf das Erbrecht bezeichnet worden ist, entwickelt, nämlich, wie das Verhältniß der erbrechtlichen Willkühr zur Innigkeit des Familienbandes noch nicht das ist, ihm gegenüberzustehen, und sie als das vollkommen Andre zu betrachten, sondern wie vielmehr die Einheit beider sich noch darin bewahrt, daß die Willkühr ihr Höheres in der Allgemeinheit und der Heiligkeit des Volksschlusses findet, ja daß es die Form des Familienverhältnisses selbst ist, unter welcher sie es wagen kann sich aufzuthun, damit aber zugleich zu erkennen giebt in ihrer eigentlichen Natur noch nicht erstanden zu seyn. Wenn die Griechische testamentarische Adoption in den Phratrien, und vor den Phratoren lediglich statt findet, so ist es der Gegensatz des Krieges und Friedens, der wie er die Römische Geschichte selbst ausmacht, so auch hier zwei Testamente des Krieges und des Friedens schafft. Wie sehr man aber auch an der Identität der Adoption und des Testaments ferner zweifeln mag, das begriffsmäßige, und daher allein wichtige Resultat, daß die absolute Differenz der testamentarischen Erbfolge und der Intestaterbfolge noch nicht vorhanden sey bleibt unumstößlich.

Die zweite Periode, als deren Ausgangspunkt in Ermangelung bestimmterer und festerer Angaben, die 12 Tafeln betrachtet werden müssen, ist es nun, die mit dieser Differenz, d. h. mit der vollendeten Ablösung des will-

Digitized by Google

kührlichen Erbrechts, von dem Familienerbrecht beginnt. Was früher wohl auch schon in der Anlage da war, nämlich das Durchscheinen der Willkühr, das darf nicht mehr dieses Durchscheinen bleiben, sondern muß sich als das Vollendete kund geben. Dazu ist nicht allein nöthig in der That zu seyn, sondern sich auch als dieses Seyende zu erkennen. Die Willkühr muß durch förmliches Gesetz zu sich selbst berechtigt seyn.

Der Ausspruch der zwölf Tafeln, uti legassit super familiae pecuniae tutelaeve suae rei, ita jus esto [74]) ist diese Berechtigung, welche weiter nichts sagt, als die Willkühr ist und außer ihr ist nichts. Nur das Individuum, und sein noch so besonderer Wille gilt, und außer ihm ist gar nichts Höheres, worauf Rücksicht zu nehmen wäre. Dieser Ausspruch, welcher somit das Grundwort ist, der das ganze testamentarische System der Römer setzt, und in sich jene Feindseligkeit gegen das Familiensystem enthält, das später vollendet heraustritt, ist im Anfange jedoch nur noch ein bloßer Ausspruch, und wie stark er auch die Willkühr ausdrücke, so ist durch seine Existenz dennoch die völlige Loßreißung vom System der Familie noch nicht vollbracht. Je stärker diese Loßreißung nämlich sich auch

74) Dieser Ausspruch wird verschiedentlich mitgetheilt. Ulp. XI. 14. Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto, — l. 120. D. 50. 16. Uti legassit suae rei, ita jus esto. — Inst. II. 22. Uti (quisque) legassit suae rei ita jus esto. — Theoph. l. l. — Nov. 22. cap. 2. Uti quisque legassit de re sua, ita jus esto. — Cicero de inventione II. 50. et ad Herennium I. 13. Paterfamilia uti super familia pecuniaque sua legaverit ita jus esto. Conf. *Retes* in Meermanni Thesauro VI. p. 72. Heineccii opera II. p. 500 et sq. Wieling Lectiones juris civilis cap. 17, und Erb in Hugo civ. Magazin IV. S. 462 — 483.

Digitized by Google

vollbringt, so sucht sie dennoch die Form zu retten, und sich vermittelst der Form noch an das Familiensystem anzuschließen. Die sich auf sich stellende Willkühr giebt so, indem sie sich eine strenge Form schafft, das Ansehen, als wenn es ihr wirklich um etwas Substantielles zu thun wäre. Aber diese grelle Differenz des Inhalts und der Form ist, wie unten gezeigt werden wird, selber tief in der Natur der Sache begründet.

Der Gang, den das Verhältniß der willkührlichen Verfügung zum Familienerbrecht in dieser zweiten Periode genommen, ist daher folgender.

I. Die sich auf sich stellende Willkühr erhält noch in der Form eine Verbindung mit dem substantiellen System, jedoch so daß der ganze Inhalt der Willkühr anheimfällt.

II. Indem die Form nach und nach laxer wird, und die Willkühr sich als das Formlose begreift, geht ein Theil dieser Form in Inhalt über, welcher als der noch formelle Inhalt, somit eine Beschränkung der Willkühr wird.

III. Dieser formelle Inhalt, streift das ab bloß Form zu seyn, erkennt sich als der Inhalt, und setzt der Willkühr die substantiellen Forderungen des Familienrechts entgegen.

I. Das Resultat des Verhältnisses des Intestaterbrechts und des testamentarischen, hatte sich in der ersten Periode, als die Einheit beider Systeme ergeben, so daß jede testamentarische Verfügung ein allgemeines Gesetz, und ein adoptives Band, somit ein Familienverhältniß war. Die calata comitia und die Schlachtweihe, waren nicht bloß die Form des Testaments, das einen von dieser Form abgesonderten Inhalt gehabt hätte, sondern sie waren das Testament selbst. Daß die Comitien dieses

Digitized by Google

Testament gestatteten, war nicht ein zu seinem Inhalte hinzukommendes Anderes, sondern es war sein Inhalt, die Anerkennung durch das Gesetz, und das neue adoptive Verhältniß. Das Weitere ist natürlich, daß Form und Inhalt, welche hier noch in ihrer ersten Identität sind, getrennt werden, und daß der für sich stehende Inhalt des Testaments nun zu seiner Form, als zu einem Andren sich verhält. Während in den alten Testamenten calatis comitiis und procinctu das Wesentliche das war, daß die Form die Willkühr bändigte, und zu etwas Anderem machte, ist es hier die freigewordne Willkühr, die sich der Form, als einer herabgesetzten Qualität bedient. Es ist jetzt das eingetreten, daß die Willkühr thun könne, was sie wolle, daß sie diesen Willen aber nur auf bestimmte Weise auszudrücken habe.

Während die Willkühr sich also frei des Inhalts bemächtigt, ist es die Form, die noch den Zusammenhang mit der vorigen Periode festhält. In ihr scheint freilich, auf schwache Weise, noch das Abbild des substantiellen Systems und des Familienzusammenhangs durch, und weist auf eine Zeit hin, in welcher dieser Zusammenhang nicht bloße Form, sondern die Sache selbst gewesen ist. Wir sind aber jetzt auf einen Punkt gekommen, der wiederum zuvörderst historisch zu erörtern ist, nämlich das testamentum per aes et libram.

Das testamentum per aes et libram wird uns als das dritte Testament geschildert, das später als die beiden andern Testamente in Gebrauch gekommen sey. [75])

---

75) Gaji Comm. II. 102. Accessit deinde tertium genus testamenti, quod per aes et libram agitur, qui neque calatis comitiis, neque in procinctu testamentum fecerat, is, si subita morte urguebatur, amico familiam suam, id est patrimonium suum

Digitized by Google

Es beruht nicht auf einer ganz einfachen Form sondern auf einer durchaus zusammengesetzten. Es hat nämlich doppelte Bestandtheile; zuvörderst ist es eine förmliche Mancipation, d. h. ein Scheinverkauf des Vermögens an den familiae emptor, dann aber etwas ganz davon Verschiedenes, nämlich ein Aussprechen des Willens, oder nuncupatio testamenti. [76]) Die Bedeutung dieser beiden verschiedenartigen Bestandtheile ihrem Begriffe nach, kann

---

mancipio dabat, eumque rogabat, quid cuique post mortem suam dari vellet. Quod testamentum dicitur per aes et libram §. 103. Sed illa quidem duo genera **testamentorum** in desuetudinem abierunt, hoc vero solum, quod per aes et libram fit, in usu retentum est. Conf. Theoph. ad §. 1. I. de test. ord. Ulpiani Fragm. Illis duobus testamentis abolitis hodie solum in usu est, quod per aes et libram fit.

76) *Ulpianus XX.* 9. In testamento quod per aes et libram fit *duae res aguntur*, familiae mancipatio, et nuncupatio testamenti. Nuncupatur testamentum in hunc modum. Tabulas testamenti testator tenens ita dicit: *Haec ut in his tabulis cerisve scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor: itaque vos, Quirites testimonium perhibitote*, quae nuncupatio et testatio vocatur. — *Gaji Comm.* II. §. 104. Eaque res ita agitur: qui facit adhibitis, sicut in ceteris mancipationibus, testibus civibus Romanis puberibus et libripende, postquam tabulas testamenti scripserit, mancipat alicui dicis gratia familiam suam. In qua re his verbis familiae emptor utitur; *Familiam Pecuniamque tuam — — — — — — mea, quo tu jure testamentum facere possis secundum legem publicam hoc aere*, et ut quidam adjiciunt, *aeneaque libra esto mihi empta.* Deinde aere percutit libram, idque aes dat testatori, velut pretii loco. Deinde testator tabulas testamenti tenens ita dicit. *Haec ita, ut in his tabulis cerisque scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor itaque vos Quirites testimonium mihi perhibitote* et hoc dicitur nuncupatio: nuncupare est enim palam nominare: et sane, quae testator, specialiter in tabulis testamenti scripserit ea videtur generali sermone nominare, atque confirmare. Conf. §. 2. I. h. t. *Theoph.* ad hunc locum. *Gellius* XV. 27.

Digitized by Google

erst weiter unten auseinandergesetzt werden: hier mögen zuvörderst die Ansichten stehen, welche über den Zusammenhang des Testaments per aes et libram mit den beiden älteren Testamenten geäußert worden sind.

Bergmann [77]) behauptet, die Erschwerung der Testamente durch die Form per aes et libram, sey, nachdem die Decemviralgesetzgebung die höchste Freiheit der Verfügung ausgesprochen habe, als wieder diese Freiheit beengende Form, nur dadurch zu erklären, daß die Patricier, um die Auslegung der Rechtsgeschäfte zu erschweren, und dadurch dieselbe sich allein vorzubehalten, diese sonst nicht zu deutende Form erfunden hätten. Wie viel auch von späteren Schriftstellern [78]) gegen diese Meinung gesagt worden, und mit welchem Recht auch diese rein äußerliche Erklärung zu mißbilligen ist, so liegt in ihr doch naiv der Gegensatz ausgedrückt, der allerdings zwischen der unbedingt freien testamentifactio und der Form des testamenti per aes et libram statt findet. Eben so ist in dieser Lösung dies anerkannt, die Erklärung dieses Gegensatzes in einem Dritten, welches freilich hier ein Aeußerliches ist, zu suchen.

Thomasius [79]) meint, die Römer, da sie die Wahrheit des Satzes, daß keiner auf seinen Todesfall über sein Vermögen verfügen könne, gefühlt hätten, wären auch natürlich um eine Form verlegen gewesen, welche ihre darin abweichende Gesetzgebung wiederum mit dem naturrechtlichen Grundsatze hätte versöhnen können. Die Form der Mancipation, die das ganze Geschäft zu einem

77) De numero septenario testium in testamentis §. 5. 6.

78) Conf. Trekell l. l. p. 120 et sq. Dernburg a. a. O. S. 89.

79) De sensu leg. decemviralis §. 10. 21.

Geschäft unter Lebenden umgeschaffen hätte, zugleich aber ein Schattenbild des testamenti calatis comitiis enthalten habe, sey nun zu diesem Zwecke ein geeignetes Mittel gewesen. Es läßt sich nicht verkennen, daß bis auf den Grundfehler dieser Erklärung, den Römern über diese ganze Sache, deren Nothwendigkeit in ihr selbst liegt, ein Bewußtseyn unterzuschieben, und eine Stellung über die Sache selbst, welche sie in ihrer Unmittelbarkeit nicht haben konnten, diese Deutung, eben so wie die vorhergegangene, eine tiefere Einsicht in den nothwendigen Gegensatz der Form und des Inhalts verräth, als viele s. g. historische Erklärungen.

Bynkershoek, [80]) der fast fälschlich zu den Erklärern dieses Testaments gezählt wird, hat über die Sache weiter nichts, als daß die Mancipation, wie späterhin die Unterschrift der sieben Zeugen, die Stelle der gesetzlichen Genehmigung in den Comitien vertreten habe.

Trekell [81]) stellt die Ansicht auf, die Mancipationsform bei den Testamenten sey nicht mit der Mancipation, als Erwerbungsart einer einzelnen Sache zusammen zu stellen; sie werde deswegen hier auch eine imaginaria venditio genannt; dennoch sey der Grund ihrer Einführung der gewesen, dem Erben dadurch das quiritarische Eigenthum der Erbschaftssachen zu erwerben, da er ohne dieselbe nur bonitarischer Eigenthümer gewesen wäre, während das quiritarische Eigenthum bei den Intestaterben verblieben sey. Bei dem testamentum calatis comitiis habe diese Distinction nicht statt finden können, indem der Testamentserbe durch ein Gesetz zur Erbschaft gelangt sey. Mit Recht hat Dernburg [82]) ge-

80) Obs. II. 2.
81) l. l. p. 127 et sq.
82) a. a. O. S. 93.

gen diese Ansicht bemerkt, daß nach ihr die bonorum possessio secundum tabulas, die erst später hinzutritt, kein prätorisches Institut sey, sondern vielmehr im Civilrecht selbst begründet wäre, daß endlich nicht einzusehen sey, wie das Zwölftafelgesetz, indem es die testamentarischen Verfügungen sanctionirt, nicht schon aus sich selbst das quiritarische Eigenthum zu gewähren im Stande gewesen sey. Der dritte Einwand Dernburgs, warum wird der Erbe nicht selbst familiae emptor, da ein dritter dem Erben, nach Römischen Grundsätzen kein Römisches Eigenthum erwerben kann? wird dadurch widerlegt, daß der familiae emptor schlechterdings als loco heredis seyend [83]) angesehen wurde.

Schrader [84]) hat gerade die umgekehrte Ansicht wie Bergmann. Nach ihm ist das testamentum per aes et libram gerade eine Erfindung der Plebejer, um durch den Schleichweg der Scheinübertragung unter Lebenden den Patriciern aus dem Wege zu gehen, welche in calatis comitiis plebejische Testamente nicht sehr begünstigt haben mögen. Dazu bot sich am schicklichsten die Vertragsform dar, welche noch dazu zuließ daß man durch beigefügte Nebenverträge, fiducias, sich die Widerruflichkeit ausbedung. Diese Form der Umgehung, sey, nachdem die 12 Tafeln den Grundsatz der freien Verfügung aufgestellt, schon vorgefunden worden, und nur aus Gewohnheit in Gebrauch geblieben.

Dieser Schraderschen Ansicht nähert sich die von Dernburg [85]). Es konnte häufig geschehen, heißt es

---

83) Gaji Comm. II. 105. Ulp. XX. 3. Früher war wirklich der Erbe und familiae emptor eine Person.

84) Hugo civ. Magazin V. 156.

85) a. a. O. S. 95 u. folg.

hier, daß jemand, weil gerade keine Comitien statt fanden, oder, weil er von den Pontifices Schwierigkeiten erwartete, da er nicht testiren durfte, auf eine andre Weise dem von ihm gewünschten Erben das Seinige zukommen lassen mochte. Diese Weise bot sich also dar. Man mancipirte einem Freunde alle Theile des Vermögens, die sich mancipiren ließen, und gab ihm wahrscheinlich in einer lex mancipi auf, das so erhaltene Vermögen denjenigen auszuliefern, denen man es zugedacht hatte. Die Bürgschaft war freilich keine andre, als die Treue und Pünktlichkeit des Freundes, wie etwa bei den Fideicommissen im Anfange ihres Entstehens. [86]) So war bei der festen Form der Uebertragung unter Lebenden die Widerruflichkeit testamentarischer Willkühr gesichert, und hierin lag der große Unterschied dieser Form und des deutschen Erbvertrages. Eine Klage des eigentlichen Erben gegen den familiae emptor habe freilich nicht statt gefunden, auch habe der familiae emptor und durch ihn der Erbe nicht mehr in Anspruch nehmen können, als ihm wirklich mancipirt worden. [87]) Die wahren heredes seyen eigentlich die Intestaterben geblieben, denen die Forderungsrechte, die nicht mancipirt werden konnten, zugefallen seyen; eben so mußten die Intestaterben die Gläubiger befriedigen, oder sich der Erbschaft enthalten, auch wohl die sacra fortsetzen, denn der Satz sacra cum pecunia sey noch nicht ausgebildet, am allerwenigsten auf einen successor titulo singulari anwendbar gewesen. [88]) Diese Weise einen Anderen, wie den Intestaterben das Vermögen zuzuwenden,

86) Dernburg a. a. O. S. 98.
87) Dernburg a. a. O. S. 105.
88) Dernburg a. a. O. S. 106. 107.

Digitized by Google

den, habe aber, wegen der vielen Nachtheile, die sie hervorbringen mußte, die Nachhülfe des Gewohnheitsrechts erfordert, denn es habe kein Intestaterbe mehr mit Sicherheit eine Erbschaft antreten können, weil er nicht wissen konnte, wie viel davon einem familiae emptor veräußert sey: [89]) schlug aber der Intestaterbe die Erbschaft aus, so verloren die Creditoren der Verstorbenen alle ihre Rechte, so wie ihre Debitoren auf eine unbillige Weise gewannen, weil keiner war, auf den die Obligationen übergingen. Eben so und aus denselben Gründen, gingen die sacra des Verstorbenen unter. Diesem allem vorzubeugen, gab man wahrscheinlich dem familiae emptor den Auftrag, die Gläubiger zu befriedigen, und legte ihm zu gleicher Zeit die sacra auf. Damit die Debitoren aber nicht frei würden, nahm man den familiae emptor als adstipulator auf, und gab ihm so eine Klage gegen die Debitoren. [90]) Dergestalt bildete sich der Rechtssatz aus, daß der familiae emptor zwar noch nicht Erbe, aber doch so nahe dran sey, daß er loco heredis genannt werden könne, wie später der bonorum possessor, oder der heres fideicommissarius. Er war von nun an zu den sacris verpflichtet, wie der Erbe aus einem Testamente in calatis comitiis; und der Satz sacra cum pecunia scheint von nun an festgestellt zu seyn. [91]) Da aber nun der familiae emptor, der Alles nur aus uneigennütziger Freundschaft übernommen hatte, selbst wegen seines Verhältnisses zu den Gläubigern in Gefahr gerieth, so war der nächste Schritt der, daß man die zu Bedenkenden selbst zu familiae emptores machte. Dadurch war das testamentum

89) Dernburg a. a. O. S. 107. 108.
90) Dernburg a. a. O. S. 109. 110.
91) Dernburg a. a. O. S. 113. 114.

Digitized by Google

per aes et libram zu einem wahrhaften Testamente geworden. [92])

Auch bei Gelegenheit dieser Erklärung muß man wiederum gestehen, daß die älteren Deutungen über den Zusammenhang des testamenti per aes et libram mit dem Testamente calatis comitiis, so sehr ihre Aeusserlichkeit oben bemerkt wurde, bei weitem den späteren Auslegungen vorzuziehen sind. Es kann keinem entgehen, daß z. B. diese letzte weitläuftige Erklärung, welche im Geiste der historischen Schule verfaßt, sich auch darum κατ' ἐξοχὴν eine historische nennt, nichts Anderes ist als ein willkührlich ersonnener, äußerer Causalnexus, zwischen der Entstehung des Testaments per aes et libram und den älteren Testamenten. [93]) Ein solcher Zusammenhang ließe sich aber noch auf unendliche andre Weisen erfinden, und jede dieser Erfindungen würde gerade dasselbe, was die andern, für sich haben. Bei jeder ließe sich aber auch eben so viel hin und her, dafür und dawider reden. Aber gesetzt, man wäre so glückselig, einen Causalnexus aufgestellt zu haben, zu dem sich alle Erscheinungen, die bekannt sind, auf passende Art verhielten, so wäre man gerade so weit wie vorher, und in das Innere der Sache selbst dennoch nicht gedrungen. Das testamentum per aes et libram hat noch einen ganz anderen Geist, als die Erfindung, wie die Römer dazu gekommen, aussagen könnte. Ist dem nun so, so bleibt es um so beklagenswerther, daß der Dernburgsche Causalnexus selbst daran laborirt, daß die Römer geradezu einen vollkommen umgekehrten aufstellen. Dernburg

92) Dernburg a. a. O. S. 115. 116.

93) Es soll mit dieser Bemerkung über die Natur der Sache selbst, dem Scharfsinn, und dem sonstigen sehr Verdienstvollen in der Abhandlung von Dernburg kein Abbruch geschehen.

nämlich meint, der familiae emptor sey zuvor ein bloßer Fiduciar, also nicht der Erbe selbst gewesen; erst späterhin habe sich die Person des Erben und des familiae emptor identificirt. Das Zeugniß der Römer aber ist gerade das Andre, daß zuerst der familiae emptor und der Erbe eine Person gewesen, daß aber späterhin, ein Andrer den Erben, ein Andrer den familiae emptor abgegeben habe.

Gaji Comm. II. §. 103.

Sane *nunc aliter* ordinatur, atque *olim solebat*, namque *olim familiae emptor*, id est, qui a testatore familiam accipiebat mancipio, *heredis locum optinebat*, et *ob id* ei mandabat testator, quid cuique post mortem suam dari vellet, nunc vero *alius heres testamento instituitur*, a quo etiam legata relinquuntur, alius dicis causa *propter veteris juris imitationem familiae emptor adhibetur* §. 105. In testibus autem non debet is esse, qui in potestate est aut familiae emptoris aut ipsius testatoris, *quia propter veteris juris imitationem* totum hoc negotium, quod agitur testamenti ordinandi gratia, creditur inter familiae emptorem agi et testatorem; quippe olim ut proxime diximus, is qui familiam testatoris mancipio accipiebat, loco heredis erat, itaque reprobatum est in ea re domesticum testimonium. [94])

Wenn so der zu findende, oder wirklich gefundene Causalnexus zwischen dem alten Testamente und dem per aes et libram, noch ein ganz Leeres ist, das die Frage, wie steht das Mancipationstestament zu dem Comitientestament, dem Begriffe nach nicht beantwortet, so ist

94) Conf. Ulpianus XX. §. 2. 3. et sq. §. 9. 10. I. de test. ord. Theoph. ad h. l.

eben hier der Ort, dieselbe zur Entscheidung zu bringen. Wie es im Wesen der Römischen Geschichte überhaupt lag, aus dem Ineinanderseyn der königlichen Zeit zum Gegensatz der Willkühr und des Substantiellen herauszutreten, und sich in diesem Gegenüberstehen zu erhalten, so ist auch in der Sphäre des Erbrechts, die Einheit und das Ineinanderseyn der testamentarischen Erbfolge und der Intestaterbfolge, welche sich als das Testament der Comitien und der Schlachtweihe bewährte, zu der Trennung des Testaments und der Intestaterbfolge gediehen. Aber der Anfang dieser Trennung kann nicht zugleich die ausgebildete Trennung selbst seyn. Wenn das Testament seinem Inhalte nach Willkühr, ja eine durch das Zwölftafelgesetz geheiligte Willkühr ist, so kann selbst die Willkühr die Fessel des Substantiellen, mit der sie noch kurz vorher behaftet war, nicht so abthun, daß sie jetzt schon als die fesselose Willkühr auftreten dürfte. Vielmehr will die Macht der Willkühr selbst und die Kraft, sich als solche zu äußern, daß sie sich gegenüber etwas erschaffe, das sie beständig zu besiegen habe, und das, indem es den Willen zu beschränken scheint, ihm eigentlich dienstbar ist. Ja der Gegensatz, der dadurch entsteht, daß sich das System der Willkühr von dem der Familie ablöst, verlangt auch innerhalb des Systems der Willkühr selbst hineinversetzt zu seyn, weil in jedem einzelnen Kreise der Begriff, der in der Totalität ist, sich eben so erzeugen muß. Die Einheit des testamentarischen und Familiensystems, wird so zur Trennung, welche, wie schon gesagt worden, innerhalb des willkührlichen Systems selbst, den Gegensatz des Inhalts und der Form erzeugt.

Der Begriff des Testaments per aes et libram, ist daher der, in Gestalt leerer Form zu enthalten, was in dem Testamente calatis comitiis, noch die ganze Fülle

des Inhalts war. Dies Bewußtseyn nun, daß dieses Testament in Gegensatz der älteren eine leere Form ist, muß selbst in diese Form hineinspielen, und in ihr die gleiche Differenz erzeugen, welche sie, gegenüber der sich auf sich stellenden Willkühr, ausspricht. Mit anderen Worten, es ist nicht genug, daß der Dualismus des Römischen Rechts sich in dieser zweiten Periode, als der Gegensatz der Intestaterbfolge und der testamentarischen manifestirt, er muß sich auch innerhalb des testamentarischen Systems eben so als Gegensatz des Inhalts und der Form aufthun; endlich muß sich drittens dieser Gegensatz selbst in die Form als Form hinübernehmen, und eine Zwiefachheit dieser Form begründen, deren einer Theil, nur der formlose Ausdruck für den an sich unbeschränkter Willen ist, der andre aber, die dieser Formlosigkeit entgegengesetzte Form als Abbild des Substantiellen, und der früheren mit der Intestaterbfolge identischen Testamente.

Wir hätten also hier von einem Zwiefachen zu sprechen, nämlich von dem Dualismus innerhalb der Form per aes et libram, und von dem Abbilde des früheren Zustandes in dem einen substantielleren Theile der Form.

Es ist zu bemerken, daß der spätere und unendlich tiefere Ulpianus den Dualismus, von dem so eben gesprochen worden, genau begreift, und als solchen bezeichnet, während Gajus [95]) gar keine Ahndung von diesem Dualismus hat. Gajus nämlich läßt die nuncupatio testamenti als ein Hinterher der Mancipation folgen, als einen Act, der nun darauf an der Reihe ist, ohne den Unterschied zwischen beiden Theilen der Form zu bemerken. Ulpianus dagegen bemerkt ausdrücklich diesen Dualismus als solchen, und wie ein Theil ein von dem Anderen voll-

95) Comm. II, §. 104, et sq.

kommen verschiedener sey. In testamento quod per aes et libram fit, sagt er, *duae res* aguntur, familiae mancipatio, et nuncupatio testamenti. [96]) Diese beiden Theile der Form per aes et libram sind die sich gegenüberstehenden Factoren der Römischen Geschichte überhaupt: von der einen Seite der Ausspruch Plebejischer, sich auf sich stellender nackter und kalter Willkühr, von der andern Patricische Substantialität, welche aber eben so ihrer natürlichen Macht beraubt, sich als das schlecht Unendliche der Formel, also wiederum als das Willkührlichste bewährt. Die Worte der Nuncupation Haec ita, ut in his tabulis cerisque scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor zeigen von dem unbeschränkten Daseyn dieser Willkühr, obgleich in dem Anrufe an die Zeugen, der alsdann folgt, itaque vos *Quirites* testimonium mihi perhibetote, namentlich in dem Worte *Quirites* die Hindeutung auf das Römische Volk, aber nicht, als Genehmigende, sondern als bloße Zeugen der Handlung liegt. [97]) Es ist nun characteristisch, daß der Willen, der sich innerhalb des Testaments zum Besten eines bestimmten Erben ausspricht, nicht den Ausdruck für diese Ernennung beliebig wählen darf, sondern

---

96) Frag. XX. 9. Mit Recht mußl dieser Dualismus dem Plutarch (einem Griechen) widersinnig erscheinen. Ὅταν διαθήκας γράφωσιν ἐτέρους μὲν ἀπολείπουσι κληρονόμους ἑτέροι δὲ πωλοῦσι τὰς οὐσίας, ὁ δοκεῖ παράλογον. De sera num. vind. p. 550.

97) Dernburg a. a. O. S. 23. Note 21. hat die Bemerkung gemacht, daß das Wort Quirites, weil es als Anrede an fünf Bürger doch unpassend sey, von dem testamentum calatis comitiis hergenommen wäre. Dies ist eine treffliche Bemerkung, die sicherlich gegründet ist, aber der andre Beweis, daß dieses Wort bei den übrigen Mancipationen nicht vorkommt, bedeutet nichts. Dernburg hat übersehen, daß dieses Wort gar nicht bei der Mancipation, sondern bei der Nuncupation vorkommt.

Digitized by Google

selbst an bestimmte vorgeschriebene Ausdrücke gebunden ist. Nur die Ausdrücke heres esto, heredem esse jubeo, im strengsten Sinne eigentlich nur der erste, sind gültige Ausdrücke für die Institution, dagegen die anderen heredem esse volo, heredem instituo, heredem facio, das Testament ungültig machen. [98]) Diese anscheinende Sonderbarkeit ist tief in der Natur der Sache gegründet. Die Willkühr, soll sie sich als Willkühr äußeren, hat den ihr entsprechenden Ausdruck nur darin, das Geschöpf dieser Willkühr, den Erben, unbedingt zu setzen: heres esto ist also der schärfste, ja der allein passende Ausdruck für diese Willkühr, in jedem anderen, heredem esse volo, heredem instituo, heredem facio, bleibt die Willkühr noch innerhalb der bloßen abstracten Möglichkeit: sie sagt nicht aus, daß der Erbe sey, sondern daß sie die Absicht habe, diesen zum Erben zu machen, daher denn der Ausdruck heredem esse jubeo nur mit Mühe späterhin sich als ein gültiger einschlich (sed et illa jam comprobata videtur.)

Der Theil des Testaments per aes et libram, welcher die Mancipation enthält, ist aber, wie oben gesagt worden, ein Abbild des älteren Testaments, und giebt in Gestalt der Form, was jenes, als wirkliche Einheit der Intestaterbfolge und der testamentarischen gewährte. Das Bruchstück der Formel, welches wir jetzt durch Gajus kennen, *Familiam, pecuniamque* tuam — — — — — — — — — — — — — — mea, quo tu jure testamentum facere possis, *secundum legem publicam* hoc

98) Gaji Comm. II. 117. Solemnis autem institutio haec est: *Titius heres esto*, sed et illa jam comprobata videtur *Titium heredem esse jubeo*, at illa non est comprobata, *Titium heredem esse volo*: sed et illae a plerisque improbatae sunt *heredem instituo*, item *heredem facio*. Ulp. Frag. XXI.

Digitized by Google

aere, aeneaque libra esto mihi empta [99]) enthält erstens das, daß der Testator nicht willkührlich einen Nachfolger ernennt, der bis zu seinem Tode in gar keinem Verhältniß zu ihm steht, und dann eben so seiner Familie ein Fremder bleibt, sondern daß diese Familie selbst, nicht bloß ihr Vermögen, pecunia, als lebendig übergehend, an denjenigen, dem sie veräußert wird, gedacht werden muß. Das andere Moment dieser Form ist, daß diese Entäußerung nicht als ein privates Institut, als die bloße Schöpfung privater Willkühr betrachtet wird, sondern als der Ausfluß aus einem öffentlichen Gesetz, als Gesetzgebung des öffentlichen Rechts, (quo tu jure testamentum facere possis, secundum legem publicam.) Statt daß im früheren testamentum calatis comitiis, der Testator den Erben als Familienglied erwarb, erwirbt der familiae emptor, den Testator mit seiner Familie und seinem Gelde, obgleich hier an keine förmliche capitis diminutio zu denken ist. Darin eben, daß die Familie hier in der Formel als das Wesentliche betrachtet, die Kraft des Testaments aber in das öffentliche Recht hineinverlegt wird, kann gesagt werden, das Mancipationstestament enthalte als Form das, was die älteren Testamente dem Inhalte nach enthalten: die höhere Sanction durch das Gesetz, und den familienmäßigen Verband. Daß das Testament noch in viel späteren Zeiten, als es das Privateste war was irgend existiren konnte, zum öffentlichen Recht gerechnet wurde, [100]) wohin es zu dieser Zeit nicht mehr gehörte,

99) Comm. II. 104. S. meine Scholien zum Gajus S. 280. Note 9.

100) l. 3. D. qui test. 28. 1. Testamenti factio non privati sed publici juris est. l. 2. 6. D. test. qu. ap. (29. 3). l. 2. ad. leg. Falc. (35. 2). Lege obuenire hereditatem non improprie quis dixerit et eam, quae ex testamento defertur, quia lege XII. tabularum testamentariae hereditates confirmantur l. 120. D. de verb. sign. (50. 16).

Digitized by Google

hat seinen Grund noch in dieser früheren Entstehungsweise, aus dem Testamente calatis comitiis und dem per aes et libram.

Zur Form des Testaments per aes et libram gehört aber noch die Zuziehung der Zeugen, und wir haben nun zu betrachten, wie sich die Weise dieser Zuziehung zum Begriffe des Testaments verhält. Die Fähigkeit Zeuge bei einem Mancipationstestamente zu seyn, ist nämlich nicht gleichbedeutend, mit der Zeugnißfähigkeit bei einer Mancipation überhaupt. Bei jeder sonstigen Mancipation scheint dies dem Zeugen nicht entgegengestanden zu haben, wenn er eine persona conjuncta einer der beiden Partheien war, ausdrücklich ist dieses aber als Hinderniß bei dem Mancipationstestamente bezeichnet, [101]) daß wer in der Gewalt des Testators oder familiae emptor, oder mit ihm in einer Gewalt sey, nicht Zeuge seyn dürfe. Daß hier das domesticum testimonium verboten worden, beruht auf dem ganz nothwendigen Umstande, daß die Zeugen im Mancipationstestament das Volk der Quiriten darstellen, und auch, wie schon gesagt worden, als solche angerufen werden. In so fern sind sie sinnbildlich diejenigen, die

101) Gaji Comm. II. §. 105. In testibus autem non debet is esse, qui in potestate est, aut familiae emptoris, aut ipsius testatoris, quia propter veteris juris imitationem, totum hoc negotium, quod agitur testamenti ordinandi gratia, creditur inter familiae emptorem agi et testatorem §. 106. Unde et si is, qui in potestate patris est, familiae emptor adhibitus sit, pater ejus esse non potest, ad ne is quidem, qui in eadem potestate est, velut frater ejus. Sed si filiusfamilias ex castrensi peculio post missionem faciat testamentum, nec pater ejus recte testis adhibetur, nec is qui in potestate est §. 107. de libripends eadem, quae et de testibus dicta esse intellegemus, nam et in testium numero est. *Ulpianus*, Fragm. XX. §. 3—6. §. 9. I. de test. ord.

den ganzen testamentarischen Act erst zu schaffen, und trotz ihrer wirklichen Passivität zu beurtheilen haben. Diese Sphäre muß also von dem Interesse und der Befangenheit gereinigt seyn, in welcher sie sich befinden würden, wenn es erlaubt wäre, daß in ihrer Mitte selbst mit den Partheien verbundene Personen auftreten. Die Quiriten, die hier angerufen werden, sind vielmehr diejenigen, deren Ausspruch, wenn auch nur in der herabgekommenen Form des Zeugnisses der Testirende und der familiae emptor sich zu unterwerfen hat.

Man könnte der Meinung seyn, daß die sonstigen Hindernisse der testamenti factio, innerhalb der Form des Testaments fallen und in so fern hier berücksichtigt werden müssen, aber denselben liegt entweder die physische und moralische Unfähigkeit zu Grunde, den Willen zu äußern, dann gehören sie in die Abhandlung vom Systeme der Willkühr selbst, oder sie beruhen auf geschlechtlichen und bürgerlichen Qualitäten, dann fallen sie innerhalb der Betrachtung des Familiensystems. Diejenigen Hindernisse, die sich auf den Inhalt des Testaments beziehen, sind erst das Hinterher von Veränderungen und Bewegungen, die im Laufe der gegenwärtigen Periode sich zu entwickeln haben.

Es ist oben (S. 74.), als das Wesen des ersten Moments der zweiten Periode angegeben worden, daß während die Form des Testaments noch eine Verbindung mit dem substantiellen System behalte, der ganze Inhalt der Willkühr anheimfalle. Daß die zwölf Tafeln diese ganz schrankenlose Willkühr dem Testamente eingeräumt haben, bemerken selbst die Römischen Juristen.

L. 120. D. de verb. sign. (50. 16.) (Pomponius).

Verbis legis XII. tabularum, his, *uti legassit suae rei ita jus esto, latissima potestas tributa*

videtur, et heredes instituendi, et legata, et libertates dandi, tutelas quoque constituendi, sed id interpretatione coangustatum est, vel legum, vel auctoritate jura constituentium.

Betrachten wir nun diese Willkühr in ihrer Breite und in ihren Wirkungen. Was das Aeußerliche betrifft, könnte man sagen, hat die vorstehende Pandektenstelle diese Willkühr nach ihren drei Dimensionen bezeichnet; sie erstreckt sich nicht bloß auf das Vermögen, auf die alles absorbirende Sphäre der Erbeinsetzung, und die untergeordnete der Legate, sondern eben so liegt darin das Vermögensrecht, in der Freilassung der Sklaven vollkommen aufzuheben, endlich ganz abgesehen vom Vermögen, den Schutz über die hinterbliebenen Kinder anzuordnen. Diese letzte Aeußerung der Willkühr scheint eigentlich der Willkühr selbst nicht anzugehören, sondern das familienmäßige Moment der Fürsorge in sich zu enthalten; aber der Umstand, daß damit die Nothwendigkeit gar nicht zusammenhängt, den Kindern denen man Tutoren setzt, irgend einen Theil der Verlassenschaft zu gewähren, läßt das Innerliche, das die Fürsorge enthielte, aus der Sache selbst verschwinden, und es bleibt wie in allen anderen Aeußerungen, nur der rohe Begriff der Willkühr übrig, welche die Kinder nicht zu bedenken hat, wenn sie auch die Gewalt noch über den Tod hinaus in Gestalt der Tutel zu verlängern weiß.

Wenn dieses die äußerliche Breite für die Willkühr ist, so besteht die ihr zugelegte latissima potestas nicht bloß darin, alles setzen zu dürfen, sondern auch in dem Nichtanerkennen des ihr Gegenüberstehenden. Sie ist durch den Familienverband selbst nicht einmal so beschränkt, daß sie ihn der Form nach anzuerkennen hätte, oder mit anderen Worten, die Familie kann betrachtet werden, als sey

Digitized by Google

sie gar nicht vorhanden, sie ist der vollständigsten Präterition und Nichtbeachtung unterworfen. Wie sehr dieses in der ersten Periode der Römischen Republik statt gefunden hat, beweist wohl der Umstand, daß selbst in sehr später Zeit, die Frage, ob exheredatio nöthig sey, zum Vorschein kommen konnte. [102])

II. Das zweite Moment dieser Periode ist also (S. 74.) bestimmt worden, daß indem die Form nach und nach laxer werde, und die Willkühr sich als das Formlose begreift, ein Theil dieser Form in Inhalt übergeht, welcher als der noch formelle Inhalt, somit eine Beschränkung der Willkühr wird. Das Resultat des vorigen Moments war das, daß die Form, als in welcher noch allein das substantielle System vorhanden war, dem ganz willkührlichen Inhalt gegenüberstand. Dieses Gegenüberstehen, welches der Gegensatz in seiner schroffsten Spitze ist, muß nun in den Prozeß gerathen, daß das Gegenüberstehende sich einander nähert, welches als der bloße Anfang dieser Näherung, weiter nichts ist, als daß die Form, als der alleinige Wahrer des substantiellen Systems sich an den bis dahin willkührlichen Inhalt macht, und die bis dahin so äußerliche und fremde Form, zu einer Form des Inhalts erhebt. Indem so die Form den Inhalt der Willkühr angreift, rächt sich die Willkühr dafür, indem sie ihrerseits in die Form übergreift, diese Schranke zerstört, und die Form zu bloßer Demonstration herabsetzt. Der Gang dieses Moments ist nun in seiner äußerlichen und historischen Erscheinung durchzuführen.

---

102) Cicero de oratore I. 38. Nempe in ea causa, quaesitum est de jure civili posset ne paternorum bonorum, exheres esse filius, quem pater testamento neque heredem, neque exheredem, scripsisset nomitatim.

Digitized by Google

In der ersten Periode war die Identität des Familiensystems und des willkührlichen noch vorhanden, in dem ersten Momente der zweiten Periode, tritt der Gegensatz in so scharf ausgesprochener Gestalt auf, daß in den Inhalt der Willkühr auch nicht die leiseste Andeutung des Familienmäßigen hineinfällt, dagegen die Form in ihrer strengen Bestimmtheit, jede Freiheit bloß willkührlicher Bezeichnung verbannt. Das Vordere, daß in den Inhalt der Willkühr auch nicht die leiseste Andeutung des Familienmäßigen hineinfalle, heißt aber in Worten der Erscheinung ausgedrückt nichts weiter, als die testamentarische Erbfolge steht zur Intestaterbfolge in dem Verhältniß, diese letztere ignoriren zu dürfen, oder in dem der Präterition. Die nächste Einwirkung der Form auf diesen willkührlichen Inhalt, muß daher seyn, diese Präterition, welche an sich auch eine Verachtung der Form ist, zu negiren, und der Willkühr das Recht streitig zu machen, die Intestaterbfolge ignoriren zu dürfen. Während der Willkühr bisher also nur das Eine zukam, einen Erben zu setzen, ist diesem Momente das andere gegenübergestellt, zugleich einen Anderen exherediren zu müssen. Das Institut der Exheredation ist es aber, das wir nun seinem Begriffe nach zu betrachten haben.

Der Satz dieser Exheredation ist einfach der: Kinder, sui heredes, müssen im Testamente eingesetzt, oder ausdrücklich enterbt seyn. [103]) Die Frage, welche sich nun aufwirft, ist unstreitig die, welche Bedeutung hat dieser

103) Gaji Comm. II. §. 123. Item, qui filium in potestate habet, curare debet, ut eum vel heredem instituat, vel nominatim exheredet, aloquin si eum silentio praeterierit utiliter testabitur. — Ulp. XXII. 14. Sui heredes instituendi sunt, vel exheredandi pr. J. de exh. liber. Tit. D. de lib. et posth. her. inst. vel. exhered. (28. 2.)

Satz, und wie änderte er das Verhältniß der Intestaterbfolge zur testamentarischen?

Zunächst könnte diese Nothwendigkeit der Exheredation als eine überflüssige Form mehr betrachtet werden, die zu den bisher üblichen Formen hinzutritt: als solche scheinen sie selbst die Institutionen, auf eine ihrer Zeit ganz gemäße Weise anzusehen, [104]) aber weil diese Form schon von vorn herein die innerliche Bedeutung einer Rücksicht hat, so muß dieses Innerliche in ihr zergliedert werden. Einerseits scheint es bereits ein Sieg des Familiensystems über das System der Willkühr zu seyn, daß dieses Letztere das Erstere nicht mehr durch Präterition ignoriren darf, sondern sich seiner als der ihm eigentlich vorgehenden Ordnung erinnern muß: es ist einerseits seine Ehre erst bei Seite geschoben werden zu müssen, ehe das Andre sich vordrängen darf: andrerseits ist es aber das Härtere und Grausamere, als das Ausgeschlossene geradezu, und positiv gesetzt zu werden, und in der Wirklichkeit dieser Ausschließung seine eigentliche Zurücksetzung gegen das System der Willkühr zu fühlen. Wie dem aber auch sey, und von welcher Seite man auch diese Exheredation betrachten mag, so liegt in ihr das Wesen des Römischen Dualismus, der sich auch in die Sphäre des willkührlichen Systems hineinarbeitet, und das, was eigentlich als Familiensystem der Willkühr gegenübersteht, unter der Form der Exheredation, in das willkührliche System selbst hineinbringt. Die Willkühr hat es nun nicht mehr mit einem einfachen Setzen der Erben zu thun, sondern sofort mit dem Gegensatze: sie ist so zu dem Gefühle ihrer Leerheit und ihrer Abstraction gelangt.

104) pr. I. de exh. lib. non tamen ut omnino valeat testamentum sufficit haec observatio, quam supra exposuimus u. s. w. Im Gegensatz von Gajus, der hier bloß item hat.

Die verschiedenen Momente der Exheredation sind nun nothwendig folgende: Weil die Exheredation überhaupt der Gegensatz ist, den das Familiensystem dem willkührlichen innerhalb seiner selbst entgegenstellt, und neben der Pflicht auch ein Recht über die zu Enterbenden voraussetzt, so folgt, daß nur natürliche Erben exheredirt werden können. Ein Fremder (extraneus) kann nicht exheredirt werden, [105]) denn er ist nicht von vorn herein als Erbe durch etwas Anderes als die Willkühr gesetzt. Auch brauchte dies nicht erst gesagt zu werden, wenn nicht bisweilen der Ausdruck exheres esto, auch bei extranei vorkäme. So findet er sich z. B. da, wo dem Erben auferlegt ist, durch cretio die Erbschaft anzutreten, als heres Titius esto, cernitoque in centum diebus proxumis, quibus scies poterisque. Quodsi non ita creveris *exheres esto.* [106]) Eine solche Exheredation ist nichts als die Einsetzung unter einer Bedingung, nur daß es dem Römischen dualistischen Geiste angemessner ist, dies in Form zweier Gegensätze zu geben. Als diese bedingungsweise Einsetzung kommt die Exheredation auch außer dem Fall der cretio in einigen Pandektenstellen vor. [107])

So wenig aber die Exheredation ein Institut für extranei, sondern durch das Familiensystem bedingt und geschaffen ist, eben so wenig umfaßt sie den ganzen Umfang der Familie. Denn da das familienmäßige Band, welches die Willkühr zu beschränken hat, selbst wiederum nicht willkührlich seyn darf, so folgt, daß nur die nächsten

105) Gaji Comm. II. §. 140. nam de exheredatione ejus supervacuum videtur quaerere.

106) Gaji Comm. I. 105. 174. Ulp. XXII. 27.

107) S. B. l. 44. D. de her. inst. (28. 5.) l. 27. D. ad leg. Falcidiam.

Digitized by Google

Intestaterben in dieser Exheredation einbegriffen seyn können. Diese nächsten Intestaterben sind ohnehin die Repräsentanten der ganzen Familie, denn es giebt im älteren Römischen Rechte keine successio ordinum, und daß die Exheredation nicht sowohl das wirkliche Daseyn, als auch das mögliche berücksichtigt, beweiset die Exheredation der postumi. Die Kinder sind daher diejenigen, die allein ein Recht auf Exheredation haben, und derselben unterworfen sind.

Aber indem die Kinder der Exheredation unterworfen sind, muß der Unterschied, den sie selbst bilden, nothwendig in die Exheredation durchscheinen, und sie zu einer verschiedenartigen gestalten. Es läßt sich zwar nicht behaupten, daß rücksichtlich der Intestaterbschaft, zwischen den Kindern verschiedenen Grades ein Unterschied gemacht worden, nur in Beziehung auf die Exheredation tritt dieser Unterschied auf, der also charakteristisch ein Unterschied, bei Gelegenheit der Nichterbschaft genannt werden kann. Der filius, die höchste Spitze der Kinder, ist darin ausgezeichnet, daß er non nominatim, enterbt werden muß und zwar vor den Andern, die inter ceteros enterbt werden können. [108]) Wenn dieses somit der Vorzug des leeren Wortes und Namens zu seyn scheint, so hat dieses dennoch die entsprechende tiefere Bedeutung, daß die Wirkung des nicht genannten Namens des Sohnes die ist, daß auch die Namen der wirklich eingesetzten Erben, so gut wie nicht genannt sind, d. h. daß das Testament null, und die scripti heredes pro non scriptis gehalten werden. Die übrigen Kinder, die nur inter ceteros enterbt zu werden brauchen, können dafern diesem nicht Folge geleistet wird, nothwendig nur erlangen, daß sie inter ceteros

108) Gaji Comm. II. §. 123. Ulp. XXII. 14.

ceteros erben, d. h., sie stoßen das Testament nicht um, sondern accresciren dem eingesetzten fremden Erben zur Hälfte den eingesetzten suis, pro parte virili. [109]) Weil die Exheredation der Einsetzung gerade gegenüber steht, so müssen die verschiedenartigen Formen der Exheredation, wenn sie nicht beachtet werden, die verschiedenen eben angegebenen Wirkungen haben, die den Exherdationsformen selbst entsprechen.

Aber weil die Exheredation selbst nur dieses Formelle ist, das die substantielle Forderung der Familie erschafft, so ist es nicht bloß das lebendige wirkliche Daseyn von Kindern, das eine ihnen zustehende Berücksichtigung fordert, sondern die Abstraction von Kindern, ihre reine Möglichkeit. Es kann niemand für lieblos gelten, der diejenigen Kinder, die er nicht hat, nicht bedenkt. Weil aber das Institut der Exheredation nicht der wahrhaftige Ausdruck für Liebe oder Liebloſigkeit ist, sondern dieselbige nur in Gestalt der leeren Form darstellt, so ist nothwendig, daß dieselbige nicht bloß die wirklichen Kinder umfaßt, sondern auch die möglichen, die postumi. Würden die postumi nicht in die nothwendige Exheredation mit eingeschlossen, so wäre die letztere, aus ihrem Wesen, welches die leere Form ist, zu wirklicher gegenwärtiger Liebe der vorhandenen Kinder fort gegangen. [110])

109) Gaji Comm. l. l. Ulp. Fragm. l. l.

110) Es könnte vielleicht umgekehrt scheinen, daß, weil eine incerta persona, wozu auch der alienus postumus gehört, als Erbe des alten Rechts nicht eingesetzt werden könne, Gaji Comm. II. §. 241. 242. 275., diese Ausnahme zu Gunsten des postumus suus, (Ulp. XXII. 19.) auf eine Bestimmtheit und auf die gegenwärtige Liebe, für die zu erwartenden Kinder deute. Aber gerade, daß die Römer den postumus für eine incerta persona erklären, für den suus aber die Einsetzung oder Exheredation gestatten, macht diesen postumus suus, nicht weniger zu einer incerta persona, sondern nur zu einer ausgenommenen.

Digitized by Google

Es ist also ganz gleichgültig, ob der Testator vom postumus wissen konnte oder nicht. Der postumus non nominatim exheredatus rumpirt das Testament, die weiblichen Kinder müssen ebenfalls inter ceteros enterbt seyn, und noch dazu ein Legat erhalten, sonst rumpiren sie eben so das Testament. [111]) Die männlichen Kinder außer dem Sohn können bei Erhaltung eines Legats nominatim oder inter ceteros exheredirt werden, doch ist es üblicher, sie nominatim zu exherediren. [112]) Daß sie neben der formellen Exheredation noch mit einem Legate bedacht seyn müssen, kann als der Anfang einer wahrhaften Berücksichtigung und als ein Uebergang zu der inhaltsvollen Hinneigung zum Familiensystem aus dem bis jetzt bloß formellen Verhalten, angesehen werden. Auf der Stufe der Exheredation ist dieses Formelle jedoch noch vollkommen vorherrschend. Es ist lediglich die Angst und die Fürsorge für Aufrechthaltung des Testaments, nicht die für das Familiensystem, welche die Beobachtung dieser Form einschärft, und wenn etwa bisweilen psychologische Gründe, wie der, ne videantur praeteritae esse per oblivionem [113]) die Sache zu erklären scheinen, so ist dieses lediglich ein Hinterher, welches nicht die Sache selbst ist.

Dieselbige Abstraction aber, welche den zur Zeit der Testamentserrichtung noch nicht geborenen postumus in eine Reihe mit den lebendigen und gegenwärtigen Kindern ruft, ist es, welche weiter verfolgt, auch auf jene Andere sich mit erstrecken muß, die zu dem Erblasser in gar keinem natürlichen Familien- und Nativitätsverhältniß ste-

111) S. meine Scholien zum Gajus S. 291. 292.

112) Ulp. XXII, 22. Förster de bonorum poss. liberor. praet. contra tab. testamenti p. 123.

113) §. 1. I. de lib. exh. (II. 13.)

Digitized by Google

hen. Wenn daher die Aquilische Formel, oder das Vellejische Gesetz die Exheredation der postumi auch auf die entferntern Grade der leiblichen Descendenz festsetzt, [114]) so giebt es, wie man sich wohl ausdrücken könnte, bürgerliche postumi, die eben so das Testament, durch die Nachgeburt ihres Hinterherentstehens (agnascendo) rumpiren könnten. Dahin gehören die quasi postumi durch den eigenen Willen, die Adoptirten, [115]) die in strenger Eheform erheirathete Frau [116]) der aus der ersten oder zweiten Mancipation in die väterliche Gewalt zurückgekehrte Sohn, [117]) die unerwartet aus der Gefangenschaft jure postliminii Wiederkehrenden [118]) die durch erroris causae probatio in die väterliche Gewalt hinterher kommenden Kinder. [119]) Wiewohl nun die eigentliche Consequenz des Gedankens erforderte, daß diese bürgerlichen postumi in gleicher Weise sich zu dem Erblasser, wie der noch nicht geborene leibliche postumus verhielten, so kann doch der Römische Verstand nicht übersehen, daß der leibliche postumus durch die Ehe selbst, und durch die Grundsätze, wodurch das Römische Recht den nasciturus dem jam nato gleichsetzt, schon vor seiner Geburt ein

---

114) van der Poll de exher. p. 30—38. Förster l. l. p. 112. et sq.

115) Gaji Comm. II. 38. §. 1. I. quib. mod. test. inf. Ulp. XXIII. §. 3. l. 8. D. de inj. rupt. (28. 3.)

116) Gaji Comm. II. §. 139.

117) Gaji Com. I. §. 132. 134. II. §. 141. III. §. 6. Ulp. XXIII. §. 3. Bekanntlich sind zu vollendeter Emancipation drei Mancipationen nöthig.

118) l. 6. §. 1. D. de injusto rupto (28. 3.) l. 31. D. de lib. et posth. (82, 2.)

119) Ulp. VII. 4. Gaji Comm. I. §. 67. II. 138—145.

Digitized by Google

suus genannt werden kann, während die von willkührlichen Handlungen abhängigen bürgerlichen postumi vor ihrem wirklichen Entstehen vollkommen in das Gebiet der extranei heredes gehören. Solche bürgerlichen postumi, wie der Adoptivsohn z. B. würden daher, wenn sie auch als extranei eingesetzt wären, durch ihre hinterher erfolgende Adoption trotz der Institution das Testament rumpiren, denn um es nicht zu rumpiren, müßten sie als Adoptirte, nicht als extranei eingesetzt seyn. [120]) Die Kluft, die zwischen dem extraneus und dem Adoptirten liegt, kann nicht durch die Fürsorge der Erbeinsetzung, oder Exheredation, was formell dasselbe ist, ausgefüllt werden, während beim leiblichen postumus, die Möglichkeit seines Entstehens nicht durch Willkühr, sondern durch die Ehe selbst gesetzt ist, und in so fern eine solche Fürsorge denkbar wird. Auch dem postliminio zurückkehrenden Sohne würde die Exheredation schaden, weil er niemals ein extraneus, sondern nur ein quiescirender suus war, der bei der Rückkehr mit der ganzen Kraft der Suität angethan ist, und daher auch ihre Widerwärtigkeiten zu ertragen hat. [121]) Nur da könnte einem Zweifel Raum gegeben werden, wenn im selben Subjekte sich die Bedingungen des natürlichen Familienbandes und der bürgerlichen Posthumität vereinigten, z. B., wenn ein exheredirter dem emancipirten suus hin-

120) Gaji Comm. II. 140. nec prodest, sive haec, sive ille, qui adoptatus est, in eo testamento sit institutus, institutave l. 8. §. 8. D. de b. p. c. t. S. meine Scholien zum Gajus S. 296. 297. Daß die Pandekten die Institution eines extraneus der hinterher adoptirt worden, gelten lassen, und in so fern einen Unterschied zwischen Institution und Exheredation machen, ist vielleicht untergeschoben. l. 15. D. 28. l. 23. D. 28. 2.

121) l. 8. §. 9. D. de b. p. c. t. (37. 4.) Postliminio autem reverso filio dicendum est, exheredationem ante factam nocere.

terher wiederum adoptirt würde. In diesem Kampfe soll die leibliche Qualität die bürgerliche dergestalt überwinden, daß dem Adoptivsohn die dem suus entgegen tretende Exheredation eben so entgegen treten solle. [122])

Die formelle Berechtigung, welche die Repräsentanten der Römischen Familie, die Kinder, gegen das willkührliche System, in Form der nothwendigen Exheredation haben, kann im Allgemeinen sich nur auf die Mitglieder beziehen, welche nach streng Römischen Grundsätzen dafür gehalten werden, also auf die in der Gewalt befindliche sui: die Emancipation, wie sie des Intestaterbrechts verlustig macht, vernichtet nicht weniger die auf diesem Intestaterbrecht beruhende Forderung der nothwendigen Enterbung. Aber andrerseits entsteht innerhalb des Familiensystems selbst jener Dualismus, welcher die Rechte der Leiblichkeit, gegen die ausschließende Bestimmtheit des Römischen Civilrechts geltend macht. Der Prätor stellt seine intestati bonorum possessio dem strengen Civilrechte entgegen. Aber wie mit dem Intestaterbrecht der streng Römischen Familie, die Forderung der nothwendigen Exheredation zusammenhängt, so wird mit dem prätorischen Intestaterbrecht eine ähnliche Richtung gegen das Testament in Verbindung zu bringen seyn. Erst weiter unten kann von der Stellung der bonorum possessio zum Erbrecht gesprochen werden: hier aber muß kurz der Gestalt Erwähnung geschehen, in welcher die Exheredation des prätorischen Erbrechts auftritt.

---

122) l. 23. D. de lib. et posth. (Papinianus). 28. 2. Filio, quem pater post emancipationem a se factam iterum adrogat exheredationem arte scriptam nocere dixi, nam in omni fere jure sic observari convenit, ut veri patris adoptivus filius nunquam intelligatur *ne imagine naturae veritas adumbretur* videlicet, quod non translatus, sed redditus videretur.

Nach prätorischem Rechte müssen alle Kinder, gleichviel ob sie sui, emancipirte, oder solche seyen, die sich niemals in der Gewalt befunden haben, [123]) mit Ausnahme der in einer anderen Adoptivfamilie sich befindenden [124]) eingesetzt oder enterbt seyn. Ist keines von beiden der Fall, so wird den Nichteingesetzten oder Nichtenterbten jene negative Richtung gegen das Testament gegeben, welche b. p. contra tabulas heißt.

Weil die Exheredation aber der rein formelle Inhalt ist, welcher nur in Gestalt der äußerlichen Erwähnung die substantielle Forderung der Familie enthält, so ist die Absicht vollkommen gleichgültig, in welcher ihr Genüge geleistet ist. Wie der Charakter des heres, außer der Erbschaft, noch die Qualität des leeren Titels enthält, so daß ein heres sine re sehr gut gedacht werden kann, so ist eigentlich der exheres nichts anderes, als ein heres sine re, oder mit anderen Worten, es ist dieselbige Ehre, heres oder exheres zu seyn. Da einmal dieses Abstrahiren vom Vermögen gesetzt ist, so ist es gleichgültig, ob die Formel so heiße, man sey zwar ein Erbe, aber ohne das Vermögen, oder ob so, man sey Nichterbe in Beziehung auf das Vermögen. Da wo die Leerheit der Formel und des Ausdrucks die Sache selbst ist, kann es nicht mehr darauf ankommen, was damit gemeint sey, denn es ist eben die Formel, nicht die Absicht, welche in Frage steht. Die Absicht ist also ein reines Jenseits, das nicht mit in die Berechnung kommt, von dem man wohl sprechen kann, aber nur als von einem Ueberflüssigen und Beiläufigen. So

123) Ulp. Fragm. XXII. §. 23. Gaji Comm. II. §. 135. l. 1. D. §. 6. de b. p. c. t. (37. 4.) Coll. leg. Mos. et Rom. XIV. §. 7.

124) l. 1. D. §. 6. de b. p. c. t. (37. 4.)

Digitized by Google

müssen die Römer daher die Frage behandeln, ob die exheredatio bona mente, oder mala mente geschehe. An und für sich ist dieses in Beziehung auf die Exheredation etwas völlig gleichgültiges, und es ist nur eine müßige Bemerkung, wenn Ulpianus sagt: Multi non notae causa exheredant filios, neo ut eis obsint, sed ut eis consulant. [125]) Der Unterschied der bona und mala mente exheredatio, fällt nicht mehr in den Kreis der Exheredation selbst, sondern außer demselben, denn wenn ein impubes von seinem Vater etwa darum enterbt wird, um ein Legat, oder Fideicommiß auf sicherere Weise als die Erbschaft zu erhalten, [126]) so ist die Absicht allerdings eine ganz andre, als wenn der exheredatus leer ausginge; in Beziehung auf die Exheredation ist es aber ganz dasselbe: das was nur als Form ist, kann durch die Absicht nicht verändert werden. Wenn es daher scheinen möchte, als ob die bona mente exheredatio, in Betreff der Erbschaft der bona des libertus, eine von der mala mente exheredatio verschiedentliche Wirkung hätte, [127]) so muß dagegen erwiedert werden, daß nach altem Recht überhaupt die exheredatio den Enterbten von der Erbfolge in das Vermögen des libertus seines Vaters nicht ausschloß. [128])

Die Exheredation aber setzt als das Hinterher der institutio eine solche voraus. Die Exheredation enthält das Aussprechen der Zurücksetzung der Familienansprüche

---

125) l. 18. D. de lib. et post. (28. 2.)

126) l. 18. D. eodem l. 12. §. 2. D. de bon. lib. (38. 2.)

127) l. 10. §. 2. l. 47. pr. D. de bon lib. (38. 2.)

128) Gaji Comm. III. 58. In Beziehung auf die Inofficiosität machte allerdings die *bona mente exher.* einen Unterschied, und in diesem Sinne betrachten sie häufig die Juristen.

Digitized by Google

gegen die willkührlich erschaffenen Erben: sie setzt also solche Erben voraus: als bloße Exheredation, ohne solche Erben, würde sie durchaus keinen Sinn haben. [129]) Weil aber die Exheredation und die institutio zwei parallel gegenüberstehende Gegensätze sind, so kann es auf die Ordnung, in der die Institution und Exheredation auf einander folgen, nicht ankommen: es kann also füglich gedacht werden, daß die Exheredation der Institution vorangestellt sey, vorausgesetzt nur, daß diese folge. [130]) Die Institution aber als das reine Erzeugniß der Willkühr, hängt von der Weise ab, wie die Willkühr sie zu setzen beliebt; sie hat als das beständig Abhängige nach den Bedingungen zu fragen, die ihr vorgeschrieben sind. Die Exheredation dagegen ist nicht das Erzeugniß der Willkühr: sie ist die der Willkühr vom Familiensystem aufgedrungene Berücksichtigung. Es kann die Willkühr daher nicht bestimmen, wie sie exherediren wolle, oder mit anderen Worten, sie kann mit ihrer Macht, mit Bedingungen sich nicht an die Exheredation machen, d. h. sie muß pure exherediren, oder gar nicht. Pure autem filium exheredari Julianus putat, qua sententia utimur, sagt daher mit Recht

---

129) Sic enim filii exheredatio cum eo valet, si quis heres existat l. 68. D. de her. inst. (28. 5.) l. 3. §. 2. D. de lib. et posth. (28. 2.) wo aber statt des Florentinischen Textes: Quisquis mihi erit filius, exheres esto, gelesen werden muß: quisquis mihi erit heres, filius exheres esto. *Cf. Voorda Interpr. et emend.* p. 187. Jos. Finestres *prael. Cervarienses* p. 99.

130) l. 1. pr. D. de her. inst. (28. 5.) l. 3. §. 3. D. de lib. et post. (28. 2.) l. 3. §. 2. D. de injusto (28. 3.)

131) l. 3. §. 1. de lib. et posth. (28. 2.) l. 68. in f. de her. inst. (28. 5.) l. 18. D. de b. p. c. t. (37. 4.) Certo enim judicio liberi a parentum successione removendi sunt.

Digitized by Google

Ulpianus. [131]) Eben daher kömmt es, daß während an den Willen der Erben die Institution geknüpft seyn könnte, weil die Willkühr selbst diese Bedingung machen dürfte, eine Exheredation, die vom Willen der Exheredirten abhängt, lächerlich erscheint. [132]) Die Exheredation ist schlechtweg diese einfache categorische und unvermittelte Existenz.

Weil aber die Exheredation darin von der Institution sich unterscheidet, daß sie dieses einfache Categorische und Bedingungslose ist, so ist sie auch als solche keiner Theilbarkeit fähig. Der Erbe hat eine doppelte Qualität, er ist zuvörderst die Totalität, als Repräsentant des Verstorbenen, ohne Beziehung auf die ererbte Quote, dann aber der Erbe dieses Theils. Die allgemeine Qualität als Erbe hat der exheres auch; in Beziehung darauf, ist es, wie schon gesagt worden, dieselbige Ehre heres oder exheres zu seyn. Worin sich der exheres vom heres unterscheidet, ist eben die andre Seite des heres, wonach er auch dieser bestimmte Erbe ist. Mit anderen Worten, man kann nur exheres von der ganzen Erbschaft nicht von einer Quote, oder certa pars derselben seyn. Die certa pars oder Quote, würde eine Bedingung und Einschränkung der Exheredation seyn, welche, wie schon gesagt worden, nur das ganz categorisch Einfache ist. [133]) Wenn die

132) l. 68. de her. inst. (28. 5.) huic enim conditioni, si volet heres esto, quae alia verba contraria concipi possunt quam haec, si nolet heres esse, exheres esto, quod quam sit ridiculum nulli non patet.

133) l. 19. D. de lib. et post. (28. 2.) Cum quidam filiam ex asse heredem scripsisset, filioque quem in potestate habebat, decem legasset, adjecit, *et in caetera parte* exheres mihi erit, et quaereretur, an recte exheredatus videretur, Scaevola respondit non videtur, et in disputando adjiciebat, ideo non valere, quoniam nec fundi exheres esse jussus, recte exheredaretur.

Digitized by Google

Römer für dieses im Wesen der Sache selbst Liegende, den Grund anführen, aliam causam esse institutionis, quae benigne accipitur, exheredationes autem non esse adjuvandas [134]) so ist dies nur eine Redensart, welche den Grund selbst nicht enthält, denn die Exheredation selbst ist das, wie gezeigt worden, nicht ex certa re seyn zu können: auf ein außer derselben liegendes Adjuviren oder Nichtadjuviren, kommt es weiter gar nicht an.

Als das Andre der Einsetzung theilt aber die Exheredation das mit ihr, von denselben Formen abhängig zu seyn. Sie kann eben so wenig, wie die Einsetzung in einem bloßen Codicill statt finden; [135]) weil sie dieselbe Ehre wie die Institution enthält, muß sie auch denselben Förmlichkeiten unterworfen seyn. Aber die Institution ist nicht bloß das einmalige Aussprechen und Setzen des Erben, sondern auch die Aufeinanderfolge und Wiederholung dieses Setzens (Substitution), die Einsetzung ist daher eine Gliederung von Stufen, (gradus) ein Act, der viele Abtheilungen in sich enthält. Ist gleich die Exheredation darin von der Institution verschieden, daß sie das einfache Categorische im Gegensatz des Vermittelten und Bedingten ist, so kann sie gegenüber der Gliederung der Institution diese Einfachheit nicht behalten, weil jede Substitution als eine neue Erbeinsetzung zu betrachten ist. Das Testament, als das äußere Umfassende, ist ohnehin nur die Form, und die Exheredation ist nicht dem Testamente, sondern der Einsetzung entgegengesetzt. Es folgt also, daß jede Einsetzung ihre Exheredation sich gegenüber haben müsse.

134) l. 19. D. eodem l. 4. D. eodem.

135) §. 2. I. de cod. II. 25. l. 2. C. eodem (6. 36.) l. 14. C. de test. (6. 23.) Glück. Erläuterung der Pandekten. VII. p. 200. 267.

Die Vielfachheit der Erbeinsetzung ist aber entweder eine solche, die ein Zusammenseyn mehrerer Erben enthält (coheredes), oder auch ein Aufeinanderfolgen (substitutio). Die Exheredation wird also sowohl von allen coheredes als auch ab omnibus gradibus statt finden müssen. Die Frage, ob dieses geschehen, beruht andrerseits auf bestimmten Präsumtionen und Annahmen, die, weil sie rein positiver Art, und vom Gedanken nichts mehr enthalten, auch hier zu übergehen sind. [136])

Wir haben nun das Institut der Exheredation, so weit der Gedanke derselben seine Verzweigungen darin fortführt, dargestellt. Hiermit ist die eine Seite des zweiten Moments zweiter Periode aufgewiesen. Aber dieses Moment enthielt nicht bloß das Eine, die Einbildung der Form, als des substantiellen Systems in das System der Willkühr, so daß dieses zu einer formellen Berücksichtigung der Intestaterbfolge gezwungen wird, sondern auch andrerseits das Nachlassen der Form, als des bisherigen Gegensatzes des willkührlichen Systems. Die Form und das Substantielle, indem es sich innerhalb der Willkühr anerkannt zu werden durchgesetzt hat, kann nun den absoluten Gegensatz nicht mehr behaupten, in welchem die Form die einzige Bewahrerin des substantiellen Systems war. Von dem Augenblicke an, wo die Exheredation eine Form der Willkühr selbst wird, kann die Form anfangen laxer zu seyn, und sich selbst in das Willkührliche zu verwandeln. Das testamentum per aes et libram, als das noch Substantielles enthaltende Testament, wird so zu einem Testamente, welches auch der Form nach Willkühr ist.

---

136) l. 3. §. 2. 3. 4. 5. D. de lib. et post. (28. 2.) l. 1. C. de lib. praet. (6. 28.) l. 3. §. 6. D. de inj. rupt. (28. 3.)

Digitized by Google

Der Gang aber, den eine Form von der substantiell symbolischen Gestalt, zu der willkührlichen nothwendig nehmen muß, ist ohne Zweifel der, daß sie von der anderweitigen Bedeutung, welche abgesehen von dem Ausdruck des Willens, in ihr liegt, abstrahirt, und lediglich zu einem Ausdruck des Willens herabsinkt. Sie ist alsdann allerdings, als der Ausdruck des Willens noch ein Formelles, aber eine mit dem Willen selbst zusammenfallende Form, da sie der bloße und reine Ausdruck dafür ist. Die substantielle Form enthält dagegen außer dem Ausdruck des Willens noch das Allgemeine, dem dieser Willen selbst untergeordnet ist. Das testamentum per aes et libram hat daher den Weg einzuschlagen, am Ende dessen es dazu kommt, bloße Demonstration zu seyn.

Aber es ist nicht die jetzt vor uns liegende Periode, in welcher es sich zu bloßer Demonstration herabbildet. In dieser sind bloß die Anfänge dieser Verwandlung sichtbar. Der bloße Anfang einer solchen Verwandlung kann sich aber nicht so gestalten, daß das testamentum per aes et libram in sich selbst dieses laxere Wesen aufnehme, und zu freierer Form übergehe. Vielmehr ist es ja häufig in dieser Abhandlung wiederholt worden, daß in Rom nothwendig dieses Anderswerden sich in Gestalt des gegenüber entstehenden Gegensatzes mache. Dieses Dualistische muß wie in allen Kreisen dieses Lebens auch hier zum Vorschein kommen. Dem testamentum per aes et libram stellt sich die freiere Testamentsform gegenüber, welche später als das prätorische Testament, hier aber noch als bloße bonorum possessio secundum tabulas zu bezeichnen ist.

Das was das testamentum per aes et libram charakterisirt, war, wie wir gesehen haben, der substantielle Inhalt des Familiensystems, der in seiner Form aufbewahrt

war. Nur ein Theil dieses an sich dualistischen Testaments war die Manifestation des Willens, der andere dagegen wenn auch nur der Form und dem Schein nach enthielt familienmäßige Interessen. Nur wo beiden Theilen dieses Testaments, d. h. dem Testamente in seiner Totalität Genüge geleistet war, war ein gültiges Testament vorhanden. Aber das Mancipationstestament enthielt schon, wie gesagt worden ist, einen Dualismus in sich; es war also schon dieses Gegenüberstehen beider Theile innerhalb seiner gesetzt: der Gegensatz der bloß willkührlichen Nuncupation und der substantiellen mancipatio familiae. Indem beide Theile aber entgegengesetzt waren, und nicht zu einander kamen, war jeder Theil eben sowohl der Totalität des Testaments, als dem andern Theile entgegengesetzt, denn die Totalität war selbst nichts, als die nicht zu einander kommenden Theile. Der nächste Schritt ist also, daß ein Theil sich selbstständig macht, sich als ein Andres dem testamentum per aes et libram gegenüberstellend. Der Dualismus, welcher bisher innerhalb des Mancipationstestaments selbst war, verändert bloß seine Stellung dahin, daß er sich auch außerhalb desselben verlegt, das Nuncupationstestament trennt sich von seinem anderen Theile, der familiae mancipatio, um selbstständig sich selbst und diesem Andern gegenüber zu treten.

Die bonorum possessio secundum tabulas ist daher nichts als das selbstständig werdende, und außer seiner Verbindung mit der familiae mancipatio sich auf sich stellende Nuncupationstestament. Dies läßt sich aber auf die einfachste Weise auch äußerlich historisch darthun. Zu dem Theil des testamentum per aes et libram, der nuncupatio testamenti heißt, werden die beiden Bestandtheile erfordert, daß der Testator sich auf den Inhalt der tabulae seines Testaments berufe, und andrerseits, daß

er dies vor Zeugen thue, Haec ita, ut in *his tabulis cerisque* scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor, ita-*vos Quirites testimonium mihi perhibetote.* [137]) Vor wie vielen Zeugen dies geschehen solle, ist eben so bestimmt. Die familiae mancipatio geht nur vor fünf Zeugen vor, der libripens und der familiae emptor sind mithandelnde Personen und in Beziehung auf die familiae mancipatio sicherlich keine Zeugen. Aber der hinterher folgende Act, [138]) die nuncupatio testamenti geht nicht mehr wie die familiae mancipatio vor fünf Zeugen vor, sondern vor sieben: der familiae emptor, und der libripens, die bei der familiae mancipatio mehr als Zeugen waren, werden natürlich bei dem zweiten Theile, der nuncupatio testamenti zu bloßen Zeugen herabgesetzt, und so kann man sagen, daß das testamentum per aes et libram, theils vor fünf, theils vor sieben Zeugen vorgehe. Daraus erklärt sich der Umstand, daß hier erst von fünf Zeugen die Rede ist, [139]) dann aber der libripens auch zu den Zeugen gerechnet wird. [140]) Es liegt dieses in der doppelten Beziehung, in der er steht, einmal als symbolische Person bei der familiae mancipatio, dann aber als Zeuge bei der nuncupatio testamenti.

Es wäre also erwiesen, daß der Theil des testamentum per aes et libram, welcher die nuncupatio testamenti ausmacht, aus folgenden Bestandtheilen besteht;

137) Gaji Comm. II. 104. Ulp. Fragm. XX. §. 9.

138) Gaji Comm. II. 104.

139) Gaji Comm. II. 104. Ulp. XX. §. 2.

140) Gaji Comm. II. 109. de libripende eadem, quae et de testibus, dicta esse intellegemus, nam et is testium numero est Gellius noct. att. VI. 7. XV. 13.

Digitized by Google

aus den tabulae testamenti, auf welche der Testator seine Nuncupation bezieht, dann aus den gegenwärtigen Zeugen, und zwar aus sieben. Die bonorum possessio secundum tabulas ist es nun, die diese Momente des Nuncupationstestaments zu den ihrigen gemacht hat, und in so fern, wie oben gesagt worden ist, weiter nichts ausdrückt, als die Selbstständigkeit des einen willkührlichen Theils des testamentum per aes et libram gegen dieses Testament selbst. Dies ist es, was Cicero sagen will, wenn er sich folgendermaßen ausdrückt.

Cicero in Verrem I. 45.

Si de hereditate ambigetur, et tabulae testamenti obsignatae non minus multis signis, quam *e lege oportet*, ad me proferentur secundum tabulas testamenti potissimum hereditatem dabo. Hoc translatitium est. [141])

Die sieben Zeugen, die bei der bonorum possessio secundum tabulas erforderlich sind, werden hier nicht etwa als eine dieser bonorum possessio eigenthümliche Bestimmung aufgeführt, sondern vielmehr als die derselben vorangehende gesetzliche (non minus multis signis, *quam e lege oportet*). Unter der lex kann aber füglich nichts anderes, als das testamentum per aes et libram verstanden werden. Die eben angeführte Stelle des Cicero will daher nichts weiter sagen als: ist auch nur der eine Theil des Testaments, welcher nuncupatio oder testatio [142]) im engeren Sinne heißt, vollbracht, ist darin der lex Genüge geleistet, so wird ohne Rücksicht darauf, daß die

141) Cf. Gaji Comm. II. 119. 147. Topica. cap. 4.

142) Ulp. XX. 9. quae nuncupatio et testatio vocatur.

Digitized by Google

familiae mancipatio nicht statt gefunden habe, der Besitz der Erbschaft gegeben.

Aber indem so das Nuncupationstestament in der bonorum possessio secundum tabulas selbstständig wird, verliert es gerade das, was es Charakteristisches hat, und woher es den Namen führt: die Nuncupation. Die Nuncupation setzt das Testament als ein außer und hinter ihr liegendes Geschehenes voraus, und ihr Wesen ist nur das Verkünden dieses Geschehenen. Dieser Charakter des bloßen Verkündens ist aber nur denkbar, in so fern das Verkündete überhaupt das Hinterher und die Nebensache ist, hier also, indem die nuncupatio testamenti, das Andre der familiae mancipatio ist. In dem substantiellen Testament per aes et libram sind die tabulae testamenti, die Repräsentanten der Willkührlichkeit selbst das ganz Verborgene und Zurückgesetzte. Indem sich nun diese Willkührlichkeit, als das Selbstständige, und ohne Verbindung mit dem Substantiellen der familiae mancipatio, geltend macht, ist natürlich das durch diesen Willen Gesetzte, das Testament, das Hauptsächlichste. Allein und für sich dastehend, hat sich die Form der Nuncupation nur umzukehren. Anstatt daß die tabulae testamenti als das Unwesentliche den Zeugen verkündet werden, haben die Zeugen nun zu dem Testamente, als dem wesentlich gewordenen zu treten, und ihre signa abzugeben. Die Nuncupation ist so zu einer testatio und obsignatio geworden.

Das Wesen der bonorum possessio secundum tabulas ist also tabulae testamenti und die signa von sieben Zeugen. [143]) Es sind diese beiden Bestandtheile, einzelne

143 Gaji Comm. II. §. 119. 147. Ulp. XXIII. 6. XXVII. 6.

Digitized by Google

einzelne Momente des testamentum per aes et libram, die in diesem Testamente aber als diese Einzelnheiten nicht gelten würden. Daß diese Bestandtheile nun als die des alten Civiltestaments angesehen werden, zeigt sich zunächst auch darin, daß sie nicht etwa als eine neue Testamentsform betrachtet werden, sondern daß eine bonorum possessio eben so aus einem völligen Mancipationstestament gegeben werden kann. Der Prätor, der sie ertheilt, sieht dann in diesem Mancipationstestamente auf weiter nichts, als worauf er zu sehen nöthig hat, auf die tabulae testamenti und auf die signatio testium. [144]) Die übrigen Bestandtheile sind für ihn nicht vorhanden.

Aber da die bonorum possessio secundum tabulas kein eigenes Testament ist, sondern nur zwei Momente des Civiltestaments enthält, so ist sie nichts ursprüngliches, und nothwendig das Ergebniß der Fehler, an denen das Civiltestament leidet, d. h. die bonorum possessio secundum tabulas, steht in Verbindung mit der Lehre vom testamentum ruptum, irritum oder injustum. [145]) wo das Testament durchaus nullum ist, da würde auch keine bonorum possessio gegeben werden können, weil diese sich immer an ein wirkliches Testament, wie gezeigt worden, anzuschließen hat. Aber eben so muß das Testament, aus dem eine bonorum possessio gegeben werden soll, wenigstens die Grundbedingungen in sich enthalten, die die Aufrechterhaltung eines Testaments überhaupt möglich machen. Der Testator muß bei der Abfassung des Testaments und zur Todeszeit Römischer Bürger und

144) Bernburg a. a. O. S. 295.

145) Gaji Comm. II. 138—150. Ulp. XXIII. §. 1—7. §. 1—8. I. II. 17.

Digitized by Google

und suae potestatis gewesen seyn. [146]) Die weiteren strengen Forderungen, welche auch die mittlere Zeit zwischen der Testamentsabfassung und der Todeszeit, für das Civiltestament berücksichtigen, kommen bei der bonorum possessio nicht in Frage. Eben so wenig würde ein Testament bei ihr keine Anerkennung finden, das bloß deswegen keine Geltung erlangte, weil ein späteres Testament, aus dem nicht geerbt worden ist, hinterher kam. [147])

Die bonorum possessio secundum tabulas, indem sie das berücksichtigt, daß der heres ein scriptus sey, und sieben Zeugen dieses bestätigen, ist somit der Uebergang des strengen Civiltestaments zu einer Testamentsform, die lediglich Demonstration des leeren Willens ist. Aber sie ist auch in dieser zweiten Periode nur der Uebergang, nicht das Testament selbst; das Testament würde die Wirklichkeit bedeuten, die Erbschaft aus demselben zu erlangen. Es würde ein streng Positives seyn, und jede andre Erbberechtigung durchweg durch seine Existenz ausschließen. Die bonorum possessio secundum tabulas, als die noch nicht zum festen Testament gewordene, kann diese positive Bedeutung noch nicht haben; sie ist als der Anfang nur die ganz abstracte Möglichkeit, daß aus den Tafeln des Testaments geerbt werde: als Möglichkeit setzt sie voraus, daß auf gar keine andre Weise geerbt werden kann. Sie ist daher nicht allein nicht das Ausschließende gegen eine andere Testamentsberechtigung, sondern sie hat nicht einmal die Kraft, die Intestaterbfolge zu hintertreiben. Sollte sie dieses können, so würde ihr die Positivität des Testaments beiwohnen, welche, wie gesagt, in diesem Anfange noch nicht vorhanden ist.

---

146) Gaji Comm. II.

147) Ulp. XVIII. §. 5. §. 8. D. de b. p. s. t. (37. 11.)

Gaji Comm. II. 119.

Praetor tamen si septem signis testium signatum sit testamentum scriptis heredibus secundum tabulas testamenti bonorum possessionem pollicetur, *et si nemo sit, ad quem ab intestato jure legitimo pertineat hereditas* velut frater eodem patre natus, aut patruus, aut fratris filius: ita poterunt scripti heredes retinere hereditatem — §. 149. Nam si quis heres jure civili institutus sit, vel ex primo, vel ex superiore testamento *vel ab intestato jure legitimo heres sit*, is potest ab iis hereditatem avocare. [148])

Was der bonorum possessio secundum tabulas also noch fehlt, das ist, daß ihre Existenz auch zugleich eine Realität enthalten müsse. Als die bloße Möglichkeit, liegt es zwar nicht außer derselben, daß sie zu wirklicher Realität gelange, es ist aber nicht nothwendig, und die bonorum possessio bleibt dennoch was sie ist, wenn auch diese Möglichkeit nie zur Wirklichkeit wird. Dies ist der Unterschied der bonorum possessio sine re und cum re: die bonorum possessio ist nur noch abstract da: sie hat das Vermögen, das Wirkliche, noch als ein durchaus Fremdes gegenüber. [149])

III. Das Resultat des zweiten Moments zweiter Periode hat sich also als das, was es ausdrückt, ergeben, nämlich bei zur Willkühr hinarbeitender Form, in das System der Willkühr selbst eine formelle Hinneigung zum Familiensystem (Exheredation) einzuführen. Das dritte und letzte Moment dieser Periode ist aber (S. 74.) so bezeichnet worden; der formelle Inhalt streift das ab, bloß

148) S. meine Scholien zum Gajus S. 284. 285.

149) Ulp. XXVIII. §. 13. Gaji Comm. II. §. 149. III. §. 35—38. S. meine Scholien zum Gajus S. 323. u. f. g.

Digitized by Google

Form zu seyn, erkennt sich als der Inhalt, und setzt der Willkühr die substantiellen Forderungen des Familienrechts entgegen.

In dem vorangegangenen zweiten Momente war zwar das Familiensystem dahin gelangt, sich innerhalb des willkührlichen einzuführen, aber das testamentarische System hatte das Familiensystem nur als seine eigene Form, d. h. als Gränze aufgefaßt. Das Familiensystem war zum Rechte eines bloß formellen Inhalts, zu der Würde einer Form des willkührlichen Systems herabgesunken. Der Gegensatz aber des Familiensystems und des willkührlichen, der den Vorwurf der Römischen Geschichte, wie des Römischen Erbrechts ausmacht, ist durch diese Aufnahme in die Form des Testaments in seiner alten ungeschwächten Kraft gelassen. Denn dieser Gegensatz ist die Liebe als der Gedanke der Familie, gegenüber der kalten nackten und eigensüchtigen Willkühr des sich auf sich stellenden Individuums. Indem dem Individuum die harte Aufgabe gestellt wird, diesen seinen Gegensatz in Form der positiven Verneinung des Intestatsystems (Exheredation) aufzustellen, ist darum dieser Gegensatz nur noch stärker geworden. Das Individuum hat die Familie als eine absolut verneinte gegenüber. Daher ist auch von jeher die Exheredation als ein Schutz des willkührlichen Systems, niemals als eine besondere Kraft des Familiensystems betrachtet worden. [150])

Das Weitere ist nun, daß gegen das Ende der zweiten Periode oder beim Aufhören der Republik, die bis jetzt verbannte Familienliebe, welche nur in der würdelosen Gestalt bloßer Form einen Zutritt erhalten hat, dieses for-

150) Cf. *Heise* de successoribus necessariis. Gött. 1802. §. 17.

Digitized by Google

mellen Inhalts, in welchem sie nur für ein Anderes ist, überdrüssig, an und für sich anerkannt zu werden begehrt. Es ist die Zeit, in welcher die Römische Geschichte überhaupt, des Krieges, des Kampfes, und des Gegenüberstehens müde, die Präliminarien zu jenem Friedensschlusse der Erschlaffung auszuarbeiten beginnt, welche die leere Identität der Approximation zum Produkte hat, und deren Darstellung jener vielhundertjährigen Hektik der Kaisergeschichte übertragen ist. Die Familienliebe, die vernünftigen Forderungen rein menschlicher Verhältnisse sind es, welche als das ganz Unbefriedigte ihre Macht und ihren Zorn in das Gebäude der Römischen Welt scheinen lassen, und die querela inofficiosi testamenti, von der wir nun zu sprechen haben, ist der juridische Rubicon, über den die erbrechtliche Hergebrachtheit zu setzen sich bequemen muß.

Alles, was der zurückgesetzten und verstoßenen Familie zunächst übrig bleibt, ist, daß sie ihren Schmerz über diese Verstoßung laut werden läßt, und über eine Ungebühr, die ihr widerfahren ist, klagt. Dieses Klagen kann ihr zunächst nicht verwehrt werden, denn es bringt das gesetzmäßig Feststehende nicht aus seinen Fugen, und es beschränkt sich darauf, ein bloßes Klagen (*querela*) zu seyn. Es würde grausam seyn, auch die subjective Berechtigung, bei dem Gedanken an solche Ungerechtigkeit ganz außer sich zu kommen, noch dazu zu hemmen. So sagt Cicero [151]) testamentum P. Annius fecerat non improbum, non *inofficiosum*, non inhumanum: *quodsi ita fecisset tamen post illius mortem, nihil de testamento illius novi juris constitui oporteret.* Aber es ist andrerseits eben so

151) in Verrem I, 42.

thörigt zu glauben, daß die Gewalt der so hart bedrängten, und in ihrem eigensten Wesen verletzten Familie, es lediglich bei dieser ohnmächtigen Querel bewenden lassen werde. Da, wo eine gewisse allgemeine Stimmung über die Gerechtigkeit solcher Klagen herrscht, ist zu ihrer Erhörung nur noch ein Schritt, und die Gesetzgebung wird, wie starr sie auch sonst seyn mag, sich zu solchen Klagen herablassen, oder auf geschickte Weise ihnen ausweichen müssen.

Aber die Zeit des Endes der Republik ist offenbar nur noch der Scheidepunkt, an dem es sich ausweisen soll, ob solche Klagen machtlos bleiben, oder sich der Erhörung zu erfreuen haben, und ohne uns um die s. g. lex Glicia zu bekümmern und für Cujacius oder Hotomannus zu stimmen [152]) bleibt es offenbar, daß das centumvirale oder quadruplex judicium, noch am Ende der Republik in diesem Zwiespalt zwischen Erhören und Zurückweisen war [153]) und um uns der früher gemachten Vergleichung weiter zu bedienen, wie sehr auch der Schritt über den Rubicon die Republik in Gefahr brachte, so bedurfte es noch eines verheerenden Kampfes, um so fest eingewurzelte Formen, wenn sie auch nur noch äußerlich da waren, zu zerstören. Andrerseits beginnt aber auch mit diesem Schritte, die Geschichte der neuen, dritten und letzten Periode, die wir nun hinsichtlich des eben Gesagten zu betrachten haben.

---

152) Cf. Cujacii Obs. VII. 2. XIV. 14. Gravina Orig. jur. civ. III. p. 411. Siccama de centumvirali jud. II. 6. Dagegen Hotomannus de quart. leg. cap. 1. Donelli Comm. XVIII. 3. Noodt II. 156. Bynkershoek obs. II. 12. Aus dem prätorischen Edict leitet die Querel ab Pithoeus cf. Schult. jurispr. antej. d. 795. Chifletius de port. leg. p. 118.

153) Valerius Maximus. VII. 1. 5.

Digitized by Google

Diese dritte Periode, oder die der ineinandergehenden Gegensätze, enthält die Geschichte des Verhältnisses der Intestaterbfolge und der testamentarischen, als der nicht mehr schroff gegenüberstehenden, sondern sich, so gut es geht, ausgleichenden Institute. Der nächste Schritt dieser Ausgleichung ist unstreitig der, daß das bis jetzt nur noch subjective und ohnmächtige Klagen (Querel) über Härte und Lieblosigkeit, zur Verwirklichung durchdringt, d. h. eine Berücksichtigung erlangt. Die Richter in Erbstreitigkeiten, die centumviri [154]) erheben ihr Mitgefühl, ihr Wissen um die Gerechtigkeit dieser Klagen, zu objectiver Einsicht und wagen es, indem sie das Testament für inofficios erklären und aufheben, das feste Gebäude des Rechts zu erschüttern. Es kann dieses Verfahren der centumviri zunächst eine erbrechtliche Revolution genannt werden, die den Bruch in die bisher gediegenen Formen echt Römischer Institute bringt.

Aber wie das Kaiserthum bei festem Andersseyn, und unverrücktem Zerstören des republikanischen Wesens, die Formen der Republik im Anfange emsig bewahrt, ja noch weit mehr, als was in den letzten Tagen der Republik geschah, zu ehren und sogar wieder herzustellen scheint, so kann auch die Querela inofficiosi testamenti zu dem bestehenden Rechte nicht etwa in ein Verhältniß treten, das das letztere vollkommen aufhebe und zerstöre, sondern ihre Aufgabe ist eben so, es durch Anerkennung zu untergraben, und von der unscheinbaren Wohnung, die sie neben seinem Throne aufschlägt, diesen Thron zu beherrschen.

---

154) Valerius Max. VII. 7. 1. Plinius ep. V. 21. VI. 33. Cicero de oratore I. 38. 39. 57. l. 13. 17. de inoff. test. D. 5. l. 76. de leg. 3. 32. l. 30. D. de lib. leg. 34. 3. l. ult. Cod. de her. pet. (3. 31.)

Digitized by Google

Der Momente somit, in welche die Geschichte der ineinandergehenden Gegensätze des Testaments und der Familie, vom Anfange dieser Periode bis zu ihrer Vollendung zerfällt, sind ebenfalls drei.

I. Das erste Moment begreift die Querela inofficiosi testamenti, als das erste noch ganz abstracte Erwachen der Familienliebe, wie sie sich an den sonst unverrückt gelassenen Formalismus und Bau des Römischen Rechts als bloßes Neben- und Subsidiarrecht anschmiegt, somit eine ganz unbestimmte und ins Weite hineingehende Existenz hat, und eben so, wie das Intestatrecht selbst, gleichsam als dessen Repräsentant, einen Gegensatz mit dem willkührlichen System bildet.

II. Dieser Abstraction und dieser Ungewißheit überdrüssig, fixirt und bestimmt sich diese Familienliebe, und die ihr entsprechende Querel, als Quantität; sie schätzt sich gleichsam ab, und verkauft die Unendlichkeit ihres Begriffes an einen Pflichttheil. Die so abgefundenen Erben werden zu Notherben.

III. Da trotz dieser quantitativen Bestimmung und Abschätzung der Familienliebe, der Gegensatz des Familiensystems und des formalen Rechts noch nicht ausgeglichen ist, so ist der letzte Schritt, die Querel und den Pflichttheil innerhalb des Rechts selbst zu versetzen, und sie aus gegenüberstehenden Instituten zu Momenten des formalen Rechts selbst zu erheben. Dieser Schritt ist durch die 115te Novelle vollbracht, er ist die höchste Identität der Gegensätze, zu der sich die Römische Welt aufschwingen kann.

Wir haben nun diese drei Momente auf erfülltere Weise sich entwickeln zu lassen.

I. Die ganze Lehre von der Inofficiosität des Testaments ist bei ihrem ersten Auftreten, noch dieser gar nicht

Digitized by Google

zur Objectivität des Geltens erhobene Zweifel, gegen die Rechtlichkeit der bisherigen für das Höchste gehaltenen Römischen Verfahrungsweise. Als sie auch zu diesem Gelten, durch die Macht der richterlichen Cognition, nicht der eigentlichen Gesetzgebung, erhoben ward, [155]) sticht sie doch immer so gar gewaltig von dem Formalismus dieser Gesetzgebung ab, sie ist ein so ganz andres, dieser fremdes Princip, daß sie um so mehr eine ganz eigene abgeschlossene Welt für sich bildet. Als die Forderung reiner Menschlichkeit kann sie selbst nach ihrer Anerkennung, durch das Recht, sich nicht mit einer ihr ganz entgegengesetzten Denkweise vermischen: ihre Kraft besteht vielmehr darin, sich davon entfernt zu halten, und ihr eignes Wesen auszubilden.

Indem die Lehre von der Inofficiosität des Testaments, die Protestation des Rechts der natürlichen Erbfolge gegen die willkührliche ist, könnte zunächst daran gedacht werden, daß die Familie, deren Recht hier vertheidigt wird, die Römische Familie sey, die Familie, wie sie das Römische Recht in seiner Schroffheit, und mit allen seinen Unterscheidungen aufstellt. Aber, indem somit die Familie selbst das wäre, was der Klage über Inofficiosität entgegengesetzt ist, da diese letztere das rein Menschliche gegen das Römische vindiciren soll, und daher ihre Bestrebungen eben so gegen die Schroffheit der Familie selbst, als gegen das Testament richten müßte so folgt, daß der Boden der Inofficiosität auf keine Weise der der Römischen Familie ist; vielmehr ist dieser Boden darin ausgezeichnet, daß die Familie in weiter, freier und menschlicher Weise gefaßt ist.

---

155) S. darüber die vortreffliche Abhandlung von Zimmern in seinen und Neustetels Römisch rechtl. Untersuchungen. Heidelberg 1821. S. 48.

Digitized by Google

Es ist also zunächst in Beziehung auf die Frage über Inofficiosität jener Römische Unterschied zwischen Agnation und Cognation nicht existirend. Während innerhalb der Familie selbst dieser Unterschied noch von den bedeutendsten Folgen bleibt, erwacht in dem Institute der Inofficiosität jener bessere menschliche Geist, welcher eben so dem Familiensystem als dem willkührlichen gegenübersteht. Der Boden der querela inofficiosi testamenti ist die ganz ungetrübte menschliche Verwandtschaft, die Cognation. [156] In dieser liegt aber eben so das noch Unbestimmte und Abstracte, das noch nicht unterscheidet, wer dieses Rechts eigentlich theilhaftig seyn soll, sondern das noch die Verwandtschaft unter einem und demselben Namen erfaßt. Ein Zeugniß aus späterer Zeit, in welchem die Unbestimmtheit in verwandtschaftlicher Hinsicht, was die Inofficiosität betrifft, wahrscheinlich schon längst aufgehört hatte, ist hier deswegen so schlagend, weil es, indem es diese Unbestimmtheit bestreitet, und zwar ihr nur den faktischen Erfolg abspricht, [157] die Bürgschaft für die frühere Existenz dieser Unbestimmtheit ist

L. 1. D. de inofficioso testamento (5. 2.) (Ulpianus.)

Sciendum est frequentes esse inofficiosi querelas: omnibus enim, tam parentibus, quam liberis de inofficioso licet disputare. Cognati enim proprii qui sunt ultra fratrem, *melius facerent*, si se sumptibus inanibus non vexarent, cum obtinere spem non haberent.

---

156) l. 6. D. de inoff. test. (5. 2.) *sed et cognatorum non*, quia et horum ab intestato potuit bonorum possessionem accipere.

157) Zimmern a. a. O. S. 49.

Digitized by Google

Es ist also, weil der Grundsatz der Cognation als Boden der Inofficiosität feststeht, nicht bloß der Vater und das väterliche Testament, welches hier in Frage kommt, sondern eben so die Mutter und das mütterliche. 158) Es scheint sogar hier die Klage über Inofficiosität mehr ihrem natürlichen Elemente näher gerückt zu seyn, weil bei dem mütterlichen Testamente, diese Nichtberücksichtigung nicht die formelle Berechtigung zu exherediren für sich hat, die mit der Klage darüber in Widerspruch steht, also nicht erst dieses Recht zu exherediren selbst zu negiren braucht. Vielmehr scheint es, daß weil die Mutter nicht das Recht zu exherediren hat, von vorn herein die querela inofficiosi testamenti hier eine natürlichere Stellung einnimmt. Es ist durchaus nicht unwahrscheinlich, daß der äußere Ursprung der Querel bei den mütterlichen Testamenten zu suchen ist, und daß von hier aus die weitere Verbreitung geschah. Es ist nämlich in ungewöhnlich vielen Stellen gerade von der Querel bei mütterlichen Testamenten die Rede.

§. 7. I. de exh. librorum (II. 13.)

Mater vel avus maternus necesse non habent liberos suos aut heredes instituere, aut exheredare sed possunt eos silentio omittere, nam silentium matris aut avi materni et caeterorum per matrem assendentium tantum facit quantum exheredatio patris. Neque enim matri filium filiamve, neque avo materno nepotem, neptemve ex filia, si eum eamve heredem non instituat, exheredare necesse est, sive de jure civili quaeramus, sive de edicto

158) l. 16. l. 19. l. 22. l. 27. §. 4. l. 29. D. h. t. l. 3. C. h. t. (3. 28.) Auch schon vor dem Orphitianischen Senatusconsult.

Digitized by Google

Praetoris, quo Praetor praeteritis libris, contra tabulas, bonorum possesionem promittit, *sed aliud eis adminiculum servatur* quod *paulo post vobis manifestum fiet.*

Hier wird unstreitig die querela inofficiosi testamenti für das mütterliche Testament an die Stelle der gegen die Präterition beim väterlichen folgende Nullität gesetzt.

Weil nun aber der Boden der Querel, die von allen Römischen Unterschieden befreite natürlich menschliche Familienordnung ist, so folgt, daß in Beziehung auf dieselbe, selbst diejenigen Grundsätze schwinden, die sonst hinsichtlich der Familie vollkommen feststehen würden; die väterliche Gewalt kann innerhalb dieses Kreises ihre Macht, und ihren Eingriff nicht ins Werk setzen, sie prallt an dem Einwand zurück, daß die Inofficiosität ein ihr fremdes und feindliches Gebiet sey, und daß hier die Persönlichkeit des Sohnes eine von der väterlichen vollkommen verschiedene ausmache. Der Vater kann in des Sohnes Namen die Querel ohne dessen Einwilligung nicht anstellen, [159]) das dem Vater hinterlassene Legat, hält eben so wenig den Sohn von der Querel ab. [160])

Ist so die Inofficiositätslehre, von der streng Römischen Familie in Beziehung auf die Berechtigten vollkommen abweichend, so kann der Erfolg der zur Geltung gebrachten

159) l. 8. D. h. t. Papinianus lib. V. Questionum recte scribit, inofficiosi querelam patrem filii sui nomine instituere non posse invito eo. *ipsius enim injuria est.*

160) l. 22. D. h. t. Filius non impeditur, quominus inofficiosum testamentum matris accusaret, si pater ejus legatum ex testamento matris accipiet, vel adisset hereditatem *quanquam in ejus esset potestate* nec prohiberi patrem dixi jure filii accusare nam indignatio filii est.

Digitized by Google

Querel doch nur seyn, daß das Recht der Familie anerkannt wird, das heißt, daß die Intestaterbfolge eintritt, die Querel ist ja im Grunde nur die Protestation der Intestaterbfolge gegen das willkührliche System. Die Anstellung der Querel, selbst der Sieg in derselben, würde zu nichts berechtigen, dafern nicht das Recht auf Intestaterbfolge von vorn herein ihr zu Grunde läge.

L. 6. §. 1 D. h. t. (Ulpianus.)

Si quis ex his personis, quae ad successionem ab intestato non admittuntur, de inofficioso egerit (nemo enim eum repellit) et casu obtinuerit, non ei prosit victoria, *sed his, qui habent ab intestato successionem, nam intestatum patrem familiam facit.* [161])

Die Intestaterbfolge ist freilich eine solche, wie sie nach der Modification des prätorischen Edicts, nicht nach der Strenge altrömischer Principien dasteht.

Aber die ganze Inofficiositätslehre ist, wie gesagt worden, ein noch nicht in den Bau des Rechts eingetretenes Institut, sie hat ihren Platz noch außerhalb des Gebäudes, und wie friedlich sie auch scheinbar neben demselben steht, so ist ihre Stellung noch immer eine feindliche; sie ist noch ein Andres als das Recht selbst. Mit anderen Worten: dem Recht gegenüber ist sie nur ein tolerirtes Factum. Die Frage, ob das Testament inofficios sey, ist nicht von festen und bestimmten objectiven Normen abhängig, sondern von der subjectiven Einsicht und Willkühr der centumviri: ihre Entscheidung ist statt der Entscheidung des Rechts. Darum reden, wie auch schon hin und wieder

161) l. 8. §. 16. ht.

bemerkt worden, [162]) Gajus und Ulpian in den auf uns gekommenen Systemen gar nicht von der querela inofficiosi testamenti. Als ein bloß Factisches scheint sie gar nicht in ein geschlossenes Rechtssystem zu gehören. Weil aber das Ganze der subjectiven Einsicht anheim gestellt ist, so ist klar, daß in dieser Einsicht nicht bloß die Berücksichtigung der Verhältnisse des Intestaterben, sondern auch die der Testamentserben fallen muß, [163]) denn es ist ja kein gesetzlicher Buchstaben, auf den sich die Intestaterben berufen dürfen, daher kann ein Intestaterbe möglicherweise gegen einen Testamentserben siegen, gegen den anderen aber durchfallen, [164]) es ist in so fern eine theilweise Rescission des Testaments denkbar. Weil aber der Erfolg der Querel lediglich in die Entscheidung der centumviri fällt, diese aber von der Mehrheit abhängt, so muß hier auch von dem Falle der Getheiltheit der Stimmen die Rede seyn. Hier behauptet das strenge Recht, gegen die feindliche bloß factische Inofficiositätsklage den unbestreitbaren Sieg; es zeigt sich an diesem Falle, daß das streng Römische, noch das ihm drohende einbrechende Verderbniß zu bekämpfen weiß.

L. 10. D. h. t. (Marcellus).

Si pars judicantium de inofficioso testamento contra testamentum, pars secundum id sententiam dederit, quod interdum fieri solet, *humanius erit* sequi ejus partis sententiam, quae secundum testamentum spectavit.

In dem Kampf des Testaments und der Intestaterbfolge findet die Römische Tugend es der Humanität gemäßer (humanius erit) für das erstere zu entscheiden.

---

162) Zimmern a. a. O. S. 49.

163) Plinius ep. VIII. 18. l. 3. §. 5. D. de b. p. c. t. (37. 4.)

164) l. 1. §. 2. D. h. t.

Weil aber das strenge Recht in dem Momente, in welchem wir uns jetzt befinden, noch den Ansprüchen der Intestaterbfolge überlegen ist, so folgt, daß auch in einer anderen Collision jederzeit dieses erstere siegen müsse. Der Querel, als eines bloß noch factischen Rechtsmittels, darf man sich erst dann bedienen, wenn alle dem wirklichen strengen Recht zu entnehmenden Mittel erschöpft sind, wenn die Querel das Einzige ist, was übrig bleibt. [165]) Wer aber durch irgend eine Handlung oder durch Annahme eines Legats seine Zufriedenheit mit dem Testator bezeugt, der hat sich auch seiner Querel zu gleicher Zeit begeben. [166])

Wir haben die querela inofficiosi testamenti als das noch bloß Factische, außerhalb des Rechtssystems dastehende dargestellt. Aber ihr Gang ist offenbar der, sich innerhalb des Systems selbst einzuarbeiten. Es ist also nothwendig, daß zwischen ihr und dem System selbst ein Zusammenhang aufgefunden werde, wodurch sie sich nicht mehr ganz fremd gegenüberstehen; da es nicht gut denkbar ist, daß die querela inofficiosi testamenti zur Geltung kommen solle, wenn dabei ein Testament in vollkommen rechtsbeständiger Form existirt, so ist der Römische Geist nothwendig gedrängt, diesen Widerspruch, so gut es geht, auszugleichen. Eine Ausgleichung kann aber nur so statt finden, daß das die Querel Erzeugende innerhalb des Testaments selbst gesetzt wird. Die Querel wird so gleichsam sich selbst entnommen, um ihren Grund in einem Andern zu suchen. Es ist dieses die Fiction, daß der Testator wahnsinnig gewesen sey, der ein liebloses Testament verfaßte. Wir wollen einige darüber sprechende Stellen hier folgen lassen.

---

165) §. 2. I. II. 18.

166) l. 10. §. 1. l. 23. §. l. 32. §. 1. h. t.

Digitized by Google

L. 2. D. h. t. (Marcianus.)

Hoc colore inofficioso testamento agitur, quasi non sanae mentis fuerunt, ut testamentum ordinarent. Et hoc dicitur non quasi vere furiosus vel demens testatus sit, sed recte quidem fecit testamentum, sed non ex officio pietatis nam si vere furiosus esset vel demens nullum est testamentum.

L. 5. D. h. t. (Marcellus)

resque illo colore defenditur apud judicem, ut videatur ille, quasi non sanae mentis fuisse, cum testamentum inique ordinaret. [167])

Es liegt in der Natur der Fiction, wenn sie als solche selbst angegeben wird, daß das Bewußtsein dabei ist, das Fingirte sey falsch. Die Römer, indem sie das lieblose Testament dem Wahnsinne des Testators zuschreiben, vergessen nicht hinzuzufügen, daß es nur dieser color sey, den man dem Testamente ertheile. In Worten des Begriffes ausgedrückt, ist jedoch dieser Proceß nichts Anderes als folgendes. Die bis jetzt außerhalb des Systems stehende Inofficiosităts-lehre, muß den Gang nehmen, in das System hineinzukommen, das Bedürfniß und die Forderung der Familienliebe, wenn sie an und für sich gelten wollen, stehen dem formellen Rechtsgebäude feindlich gegenüber. Was also an und für sich gilt, muß als das Untergeordnete, als Mangel des Testaments betrachtet werden. Nicht die Familienliebe ist verletzt, sondern das Testament ist mangelhaft. Derselbige Unterschied aber, der zwischen natürlichem Wahnsinn und der Bosheit liegt

fei-

167) Cf. Valerius Maximus VIII. §. 2. pr. l. h. t. (II. 18.) l. 13. in fine l. 19. in med. h. t.

seine Nächsten zu enterben, ist es, der auch hier diese Dialectik dazu kommen läßt, am Ende zu gestehen, daß von eigentlichem Wahnsinn gar nicht die Rede seyn könne. Sie hat zum Resultat, daß ihre eigene Verlegenheit sichtbar wird, die Differenz zwischen dem Recht und der hereinbrechenden Inofficiositätslehre auszugleichen. [168])

II. Wir haben in dem ersten Momente die Inofficiositätsquerel, noch in ihrer Abstraction und Unbestimmtheit, als ein neben dem Rechtssystem parallel hergehendes Institut gesehen. Weder war sie in Beziehung auf diejenigen bestimmt, die sie anzustellen befugt waren, noch war ihre Verbindung mit dem Testamente eine Andere, als die auf der Fiction des Wahnsinns beruhende. Das Nächste ist nun, daß sie sich aus dieser Unbestimmtheit zu einer festen Begränzung herausgestaltet, und ihre Verbindung mit dem ihr noch immer gegenüberstehenden Rechtssystem zu bewirken sucht. Bis jetzt war die Inofficiositätsklage, bloß die beliebige Versicherung, daß das Testament lieblos sey. Es wurde behauptet, daß man auf die Familie hätte Rücksicht nehmen müssen. Aber indem diese Rücksicht keine bestimmte Rücksicht ist, trat das ein, daß die auf Inofficiosität Klagenden, sich nicht von vorn herein auf ein ihnen Schuldiges berufen konnten. Es lag zwischen dem Testamente und den Intestaterben nichts Drittes, welches Basis sowohl für die Intestaterben, als Norm für das Testament gewesen wäre. Diese erste Mitte, welche zwischen beiden Extremen sich erhebt, ist aber noch eine leere gleichgültige, das heißt *quantitative* Mitte, die Inofficiositätsquerel bestimmt sich quantitativ, indem sie ihre Klage um allgemeine Lieblosigkeit auf eine bestimmte Lieblosigkeit zu-

168) S. die geistreichen Bemerkungen von Zimmern a. a. O. S. 51, 52.

rückführt. Man klagt nicht, daß das Testament die Rechte der Familie verletzt, sondern daß ein bestimmter Pflichttheil nicht hinterlassen sey. Dieser Pflichttheil wird eben so nothwendiger formeller Bestandtheil des Testaments, und man kann in so fern sagen, daß er die Identität des Testaments und der Intestaterbfolge enthalte.

Es ist keinem Zweifel mehr unterworfen, daß die Einführung des Pflichttheils, als der quantitativen Mitte zwischen der Intestaterbfolge und der testamentarischen, ihren äußeren historischen Ursprung der Quarta Falcidia zu verdanken hat, von dem wir im folgenden Kapitel zu sprechen haben. [169]) Wie diese die quantitative Vereinigung der Erbschaft und der Legate ist, so ist die legitima hier die Vereinigung des willkührlichen und Familiensystems. Wenn der Testator den vierten Theil dessen, was der Intestaterbe zu fordern haben würde, demselben hinterlassen hat, so hat er seine Klage über Inofficiosität beseitigt, und die Willkühr darf, nachdem sie diese Ansprüche aus dem Wege geschoben, ihr leeres Spiel nach wie vor treiben.

Die rücksichtlich ihrer Beziehung auf das Vermögen zu quantitativer Bestimmtheit gekommene Inofficiositätsquerel, hat sich eben so nach der subjectiven Seite hier zu fixiren. Im vorigen Momente war sie noch auf unbestimmte Weise ein der Verwandtschaft als solcher zukommendes Recht. Dieses Abstracte hat nun zu bestimmter Gliederung zu gelangen, und was die Verwandtschaft im Allgemeinen war, hat sich als das Recht dieser und jener Verwandten festzusetzen. Diocletian schließt alle Cognaten, welche entfernter wie die Geschwister sind, von der Querel

169) S. Zimmern a.a.O. S. 50. Note 5. Meine Scholien zum Gajus S. 294.

aus, [170]) und Constantin läßt, indem er die uterini ein für allemal abweiset, die consanguinei nur zu, wenn ihnen eine turpis persona vorgezogen ist. [171]) Es ist in so fern nur die auf- und absteigende Linie, die über willkührliche Verfügungen ihre Klagen erheben kann, und diejenigen Collateralen, die noch zu diesem Rechte zugelassen werden, haben den Schmerz sich mit einer turpis persona auf gleiche Linie gestellt zu sehen, indem sie nur dieser vorgehen sollen.

Nachdem sich so die Inofficiositätsquerel objectiv als Pflichttheil, subjectiv als das Recht dieser bestimmten Verwandten, fixirt hat, ist dennoch diese quantitative Mitte noch nicht vollständig erreicht. Der Gegensatz des Testaments und der Intestaterbfolge ist noch immer in so weit vorhanden, als nur die Quantität des Pflichttheils, wenn sie in ihrer ganzen Ausdehnung gewährt ist, die Reaction gegen das Testament ausschließt. Indem sie durchaus von vorn herein dieses Quantum seyn muß, ist es, wenn ein geringeres den Notherben hinterlassen worden, eben so als wenn gar nichts hinterlassen worden; die quantitative Mitte, das Pflichttheil, wird gar nicht weiter berücksichtigt, und die unendliche Reaction des Familiensystems gegen das willkührliche ist wiederum eingetreten.

Aber da für den Begriff der quantitativen Mitte die Bestimmung des Quantums vollkommen gleichgültig ist, so ist es daher nicht zu dulden, daß nur dieses Quantum die Quantität darstellen, wo es aber nicht vorhanden, diese quantitative Vereinigung überhaupt aufheben soll. Es ist consequenter anzunehmen, daß, da einmal die quantitative

170) l. 21. Cod. h. t. (3. 28.)

171) l. 27. C. h. t. (3. 28.) S. meine Scholien zum Gajus S. 294.

Mitte angegeben, das hinterlassene wenn auch geringere Quantum sich bis zu dem festgesetzten Punkte zu ergänzen habe, als daß nur dieses Quantum von vorn herein gegeben seyn müsse oder nicht. Da in dem Quantum selbst kein Gedanken ist, sondern nur darin, daß ein Quantum als Mitte angenommen wird, so ist das Quantum selbst ziemlich gleichgültig. Erreicht es das vorgeschriebene nicht, so hat es bloß bis zu dieser Vorschrift zu steigen, ohne daß die Natur der Sache darum verändert wird.

Justinians Vorschrift, [172]) daß wenn nicht das volle Pflichttheil hinterlassen worden, die hinterlassene Portion sich bis zu der vollen Höhe zu ergänzen habe, ohne daß darum das Testament im Geringsten erschüttert werde, liegt daher im Geiste des Ganges, den die Inofficiositätsquerel genommen, und ist eine der consequentesten Bestimmungen dieses Kaisers.

Weil das Quantum aber für den Begriff das Gleichgültige ist, so ist die Erhöhung des Pflichttheils durch Justinian eben so gleichgültig und nur äußerlich zu bemerken. Die Zahlenverhältnisse sind nun folgende: sind vier oder weniger Notherben vorhanden, so ist das Pflichttheil ein Drittheil, sind mehr denn vier, die Hälfte der Intestatportion. [173])

Indem sich somit in dem Kampfe der Intestaterbfolge, und der testamentarischen, das Pflichttheil als die quantitative Mitte ausgewiesen, sind die Gegensätze, welche innerhalb des Testaments selbst, in Gestalt der Form entstanden, zu vollkommener Bedeutungslosigkeit herabgesunken.

---

172) §. 3. I. de inoff. test. (II. 18.) l. 35. §. 2. l. 36. C. ht. (3. 28.)

173) Nov. 18. cap. 1.

Digitized by Google

Die bonorum possessio secundum tabulas als die auf dem Boden der bloßen Demonstration beruhende Form, hat die dem willkührlichen System entsprechendere Gestalt, als das Mancipationstestament, dessen familienmäßige Haltung keine Bedeutung mehr haben kann, nachdem das Intestatsystem einen inhaltsvolleren Sieg über das testamentarische erwungen hat. Der nothwendige Gang ist daher der, daß die bonorum possessio secundum tabulas und das Mancipationstestament, zu der Identität des bloßen Demonstrationstestaments gelangen.

Der nächste Schritt hierzu ist, daß die b. p. s. t. aus der bloßen Möglichkeit, dadurch wenn keine Civilansprüche vorhanden sind, zu erben, zu der Realität dieses Erbens gesteigert wird. Dies vollbringt sich unter dem Kaiser Antoninus Pius, der dem bonorum possessor secundum tabulas jederzeit ein exceptio doli gegen die Intestaterben giebt.

Gajus II. §. 120.

Rescripto enim imperatoris Antonini significatur, eos, qui secundum tabulas testamenti non jure factas bonorum possessionem petierint, posse adversus eos qui ab intestato vindicant hereditatem defendere se per exceptionem doli mali. [174])

Die bonorum possessio secundum tabulas, welche bisher die bloße Möglichkeit zur Erbschaft zu führen enthielt, ist so zu einem förmlichen Testament geworden, das noch immer dem Mancipationstestamente gegenübersteht. Da das prätorische Testament im Grunde, wie gezeigt worden, nichts als die eine Seite des testamenti per aes et libram

174) S. meine Scholien zum Gajus S. 283. 320. Bernburg a. a. O. S. 237—239.

nämlich seine Nuncupationsseite war (S. 122.), so muß der an sich schon bedeutungslose Theil, welcher die Mancipation enthält, um so mehr aufhören, als selbst im prätorischen Testament der andre Theil des testamenti per aes et libram erhalten ist. Eine Vermischung beider Testamente ist schon darin bemerkbar, daß die nur beim prätorischen üblichen Siegel und Unterschriften schon zu Augustus Zeit [175]) auch auf das Civiltestament übergehen. [176]) Vollkommen richtig scheint die Ansicht von Dernburg [177]) zu seyn, daß der Theil des Civiltestaments, welcher die Mancipation ertheilt, weit früher wie der andre Theil des testamenti per aes et libram außer Gebrauch gekommen ist, denn die kaiserlichen Constitutionen sprechen zwar bis zu Valentinian herab noch immer von zwei Testamentsformen, aber sie unterscheiden sie meist nur an der Zahl der Zeugen, ob nämlich fünf oder sieben vorhanden seyen. Der libripens und der familiae emptor mußten nämlich mit der Mancipation überflüssig werden, und Zeugen waren sie ja nur als das Secundaire, insofern sie auch als diese ersten Personen fungirten. Eben so hat die Dernburgsche Meinung das ausdrückliche Zeugniß der Institutionen für sich, welche von einem theilweisen Aufhören des testamenti per aes et libram sprechen (quod vero per aes et libram fiebat, licet diutius permanserit, attamen *partim* et hoc in usu esse desiit. [178]) Nimmt man nun an, daß der Unterschied des Civiltestaments und des prätorischen nach dem Aufhören der Man-

175) Suetonius Tiberius cap. 23. Nero cap. 4.

176) v. Savigny Zeitschrift für gesch. Rechtswissenschaft S. 24. u. fg. Meine Scholien zum Gajus S. 283. 284.

177) a. a. O. S. 250. u. fg.

178) §. 1. I. de test.

cipation bis auf die bloß beim Civiltestamente übliche Nuncupation lediglich darin bestanden habe, daß bei jenem fünf, bei diesem sieben Zeugen fungirten, indem ja auch schon beim Civiltestamente längst obsignatio, und Unterschrift der Zeugen in Gebrauch gekommen war, so war der nächste Schritt zur völligen Identificirung nur der, daß die Nuncupation auch eine Form des prätorischen Testaments selbst wurde. Das Civiltestament hatte so die Unterschriften und Siegel, das prätorische die Nuncupation angenommen, und in dieser Vermischung beider Testamente, mußte man dazu kommen, die Abtheilung der Entstehung nach zu vergessen, und diese Eintheilung mit einer andern zu confundiren. So spricht die Valentinianische Novelle, [179]) vom Civiltestament, vom prätorischen und vom Nuncupationstestament, obgleich das Nuncupationstestament späterhin sowohl die prätorische als die Civilform annehmen kann. Wann aber die letzte Verschmelzung beider Formen statt gefunden, ob durch eine Constitution des Kaisers Theodosius, oder durch Gewohnheit, ist eine rein äußerliche Streitfrage, die wir hier nicht zu beantworten haben. [180])

III. Die Stellung des Intestatsystems zum testamentarischen ist nun folgende: durch den Pflichttheil und seine Ergänzung ist zwischen beiden Systemen eine quantitative Mitte aufgefunden: die Willkühr kann mit dieser ihre weitere Freiheit sich erkaufen, und das Intestatsystem hat sich zugleich seines unendlichen Angriffs gegen das Te-

179) Jus civile antej. p. 1321. nam cum liceat cunctis jure civili, atque praetorio, liceat per nuncupationem liceat municipalibus gestis judicia suprema componere.

180) S. v. Savigny a. a. O. S. 39. u. f. Heidelberger Jahrbücher 1815 S. 696, 697. Meine Scholien zum Gajus S. 284.

stament begeben. Weil es die bloß quantitative Mitte ist, ist es sogar gleichgültig, in welcher Form diese Quantität gegeben wird. Sie kann als bloßes Vermächtniß gewährt werden, und eine Erbeinsetzung ist, da es bloß auf die Quantität ankommt, nicht nöthig. Ist dagegen gar nichts hinterlassen, so tritt die unendliche Reaction des Intestatsystems gegen das Testament in Form der Inofficiositätsquerel wieder ein, und von quantitativer Mitte ist nicht mehr die Rede.

In diesem Verhältniß ist aber die ursprüngliche Differenz, und der Dualismus des Intestatsystems und des testamentarischen noch erhalten. Der Form des Testaments ist vollkommen Genüge geleistet, wenn die bloße Exheredation darin ausgesprochen ist. Zwar muß auch auf quantitative Weise dem Familiensystem das Opfer des Pflichttheils gebracht werden, aber mehr um den Angriff des Intestatsystems abzuwenden, nicht weil es Bedürfniß des willkührlichen Systems selbst ist. Ein Ausgleichungsmittel außer sich zu haben heißt aber noch in der ursprünglichen Differenz sich befinden, und es wird noch immer die vollere Identität beider Systeme zu suchen seyn.

Diese vollere Identität, so weit sie nämlich dem Begriffe der Römischen Geschichte nach möglich ist, muß nothwendig darin bestehen, daß was noch bis jetzt außerhalb des willkührlichen Systems als äußeres Ausgleichungsmittel sich befindet, in dasselbe selbst zurückgenommen wird. Die Forderung und das Bedürfniß der Familie, müssen einen Theil dessen ausmachen, was das Wesen des Testaments constituirt, sie sind dann nicht mehr eine nützliche Rücksicht, sie gehören zur Sache selbst. Dieser letzte Schritt ist durch die Novelle 115. gethan worden, die wir in dieser Rücksicht zu betrachten haben.

Das erste Moment dieser Novelle ist die Gleichstellung der Exheredation und Präterition. Die Verschiedenheit beider ist überhaupt nichts, als die Differenz des strengen und freien Princips. Durch das ausdrückliche Uebergehen (Exheredation) hat das testamentarische System seine Form festgestellt: die Angriffe, die weiter auf dasselbe gemacht werden können, gehen von dem Familiensystem aus, und setzen sogar die Vollständigkeit der testamentarischen Form voraus. Darin, daß sie dieses voraussetzen, liegt die Differenz beider Systeme. Um das Testament von Seiten des Familiensystems anzugreifen, wird vorausgesetzt, daß dem testamentarischen System Genüge geleistet sey. Die Verordnung also, daß jede Exheredation wie eine Präterition, und jede Präterition wie eine Exheredation angesehen werden solle, enthält das, daß das testamentarische System, um vollständig zu seyn, nicht bloß das Intestatsystem als seine Form gebrauchen, sondern den Inhalt desselben zu seinem Inhalte machen muß. In Beziehung auf die weitere Wirksamkeit ist dieser Inhalt freilich wiederum Form des Testaments. Andrerseits hat das Intestatsystem dadurch, daß Präterition und Exheredation gleich ist, seine unendliche Reaction gegen das Testament verloren, denn die Nichtberücksichtigung der Familie ist nicht mehr ihre Sache, sondern Sache des Testaments.

Das zweite Moment dieser Novelle ist das Bestimmen der Enterbungsgründe. Die Familie enthält die sittliche Nothwendigkeit in sich, vermöge welcher sie zur Erbfolge berufen ist: gegen die Willkühr muß sie siegen, denn diese hat nicht den Geist in sich. Aber die sittliche Nothwendigkeit kann in Streit mit andrer sittlichen Nothwendigkeit treten. Der Grund der sittlichen Nothwendigkeit des Intestaterben ist die Familienliebe: diese kann aber selbst in ihrem tiefsten Wesen durch willkührliche Handlung zerstört

Digitized by Google

seyn. Die Manifestation dieser Zerstörung ist alsdann, daß die Familienliebe ihre Wirkung nicht äußern kann. Der Intestaterbe hört auf es zu seyn, wenn er die Enterbung verdient. [181])

Das Angeben der Enterbungsgründe ist demnach die größte Ehre, die dem Intestatsystem widerfährt. Das Testament kann nicht mehr durch die categorische Erklärung der Exheredation bestehen, sondern es muß sich herablassen diese Exheredation zu motiviren. Es muß gegen die Ansprüche der Familie die Waffen der Unwürdigkeitserklärung gebrauchen; die des nackten Willens und seiner Form sind nicht mehr zureichend. Zugleich sind diese Enterbungsgründe nicht mehr der willkührlichen Bestimmung des testirenden Individuums oder der richterlichen Cognition anheimgestellt, sie sind objective Bestimmungen. Das Gesetz hat die Enterbungsgründe bestimmt, und andre als die gesetzlichen giebt es nicht (ut praeter ipsa, nulli liceat ex alia lege ingratitudinis causas opponere.)

Es ist hier nicht der Ort in die Kritik der einzelnen Enterbungsgründe einzugehen. Es ist genug, wenn angegeben wird, daß ihr Charakter im Allgemeinen eine Manifestation böser Gesinnung gegen den Testirenden, entweder unmittelbar, oder mittelbar durch ein schlechtes und entehrendes Leben ist. Die Verschiedenheit des Verhältnisses der Descendenten zu den Ascendenten und umgekehrt, muß natürlich in diese Enterbungsgründe eine Modification bringen. [182])

---

181) Novella 115. cap. 3. nisi forsan probabuntur ingrati et ipsas nominatim ingratitudinis causas parentes suo inseruerint testamento.

182) Thibaut System, §. 814. u. fg. Makeldey Lehrbuch, §. 464.

Das dritte Moment der 115ten Novelle endlich ist das, daß indem die bisher isolirte Querel innerhalb des Rechtssystems aufgenommen worden ist, die quantitative Mitte aufgehört hat, das Ausgleichende zu seyn. Es ist nun nicht mehr gleichgültig, auf welche Weise die Quantität hinterlassen worden, sondern der Notherbe muß durchaus im Testament eingesetzt seyn (nec si per quamlibet donationem, vel legatum, vel fideicommissum, vel alium quemcunque modum eis dederit legibus debitam portionem.) So lange die Mitte die bloße Quantität war, mußte die Weise, wie diese Quantität hinterlassen wurde, also die Qualität dieser Quantität vollkommen gleichgültig seyn. Hier aber kommt es auf das Quantitative allein nicht mehr an, die Forderungen des Familiensystems sind in das testamentarische aufgenommen, und haben somit die quantitative Mitte überschritten. Das Hinterlassen des Pflichttheils ist nicht mehr die einzige Weise, die Ansprüche des Intestatsystems vom Testamente zu entfernen.

Aber indem so die bloß quantitative Mitte zum Erhobenseyn der Intestaterbfolge in die Rechte einer testamentarischen gesteigert ist, muß allerdings gesagt werden, daß der quantitative Ausdruck für diesen höheren Werth immer noch der alte Pflichttheil ist. Der Zahl nach braucht nicht mehr wie der Pflichttheil hinterlassen zu werden; auch wird, was in etwas in Form eines bloßen Vermächtnisses hinterlassen worden, mit eingerechnet. Aber die Institution ist daneben unumgänglich nothwendig: die Quantität ist nur die äußere Bezeichnung für dieselbe.

Hier ist nun der Ort, von dem Streite zu sprechen, der unter den Rechtsgelehrten, über die Wirkung der 115ten Novelle sich erhoben hat. Einige wollen hier immer noch der querela inofficiosi testamenti ihre alte Wirksam-

keit lassen: das Testament, das gegen die Vorschriften der Novelle verfaßt ist, soll dennoch dadurch nicht null und nichtig seyn.[183]) Es wäre alsdann die Novelle weiter nichts, als ein bestimmterer Catalog von Enterbungsgründen: für die Vereinigung des Testaments und der Intestaterbfolge wäre nichts durch dieselbe gethan. So wenig aus dem Texte der Novelle sich mit Bestimmtheit etwas über die gemeinte Wirkung derselben sagen läßt, so sehr spricht der ganze Zusammenhang derselben für das s. g. Nullitätssystem, zu dem ich mich schon an einem anderen Orte[184]) bekannt habe. Es ist offenbar die Absicht, das Notherbrecht nicht mehr auf die bloße Quantität des Pflichttheils, und auf die zufällige Weise, wie diese ertheilt wird, zu stellen, sondern aus der bloß quantitativen Berechtigung zu der Substantialität eines Erbrechts zu erheben. Dies ist aber nicht der Fall, sobald die Ansprüche der Intestaterbfolge noch immer in Weise der Querel laut werden. Die Querel setzt eben das voraus, daß noch kein Gesetz über das Recht der Familie abgeurtheilt hat. Sie ist das Subjective, das noch dem objectiven Recht gegenübersteht. So lange die Querel ihre Quelle in der bloßen Gewohnheit hat, bleibt jene Differenz, in welcher die Gewohnheit zum positiven Recht sich befindet. Aber die 115te Novelle ist eben das Ausgleichende dieser Differenz, und ihre begriffsmäßige Auslegung muß eben dahin führen, sie eben so als ein Gesetz über die Gültigkeit des Testaments zu betrachten. Die mittlere Theorie, welche das gemischte Nullitätssystem genannt werden kann, und die theilweise eine Nullität des Testaments, wegen nicht angegebener Enterbungsgründe, theil-

183) Vinnius qu. juris. sel. II, 21. van der Poll. l. l. §. 22. 23. Donnelli Coment. VI. 13.

184) S. meine Scholien zum Gajus S. 295.

weise eine Inofficiosität wegen angegebner falscher Enterbungsgründe annimmt,[185]) hat weder den Text der Novelle, noch den begriffsmäßigen Gang der Sache für sich.

Aber die 115te Novelle erstreckte sich nicht über alle Verwandten, die Ansprüche auf die Querel hatten, sie umfaßt die Verwandten in auf- und absteigender Linie. Die Geschwister, denen eine persona turpis vorgezogen worden, und welche auch zur Querel berechtigt sind, sind von der Novelle 115 nicht berücksichtigt. Die von ihr bewirkte Identität bezieht sich nur auf Descendenten und Ascendenten. Die zur Klage gegen das Testament berechtigten Geschwister bleiben in so fern in derselben Lage, in welcher sie vor der Novelle 115 waren, und es giebt somit, weil alles im Römischen Recht den Character des Dualismus haben muß, zwei ganz verschiedene Classen von Notherben.

Hiermit hätten wir die Geschichte des Kampfes der Intestaterbfolge und der testamentarischen, von den Anfängen der Römischen Geschichte an, bis in die letzten Zeiten der Kaiserwelt beendigt. Es hat sich im Verlauf der gegenwärtigen Entwickelung dieser Kampf als derselbige ergeben, der die ganze Substanz der Römischen Geschichte ausmacht, und sonst wohl auch als der Kampf der Plebejer und Patricier bezeichnet wird. Zuerst zeigt sich die Einheit der beiden gegenüberstehenden Principien noch als das Testament, welches zugleich ein adoptives Verhältniß begründet, und wie die Griechische letztwillige Verfügung, nicht der Familie feindlich gegenübersteht, sondern sie um den Erben, welcher auch zugleich Sohn ist, bereichert. Sodann aber zerfällt die Einheit in die Gegensätze

185) Haubold diss. de differentiis inter test. nullum et inoff. Lips. 1784. p. 35. et 39. Zimmern, Grundriß des Erbrechts S. 35. Note 120.

der Willkühr und des Familienintereſſes, ſo jedoch, daß beim Anfang dieſes Zerfallens die Form der Willkühr ſelbſt noch die Geſtalt des Familienmäßigen hat; hier aber mit den frei gewordenen Gegenſätzen iſt auch zugleich das Moment des Kampfes derſelben geſetzt. Das Inteſtatſyſtem erlangt es über das teſtamentariſche, als ſeine Form anerkannt zu werden, das heißt in dem Inſtitute der nothwendigen Erheredation ſeine eigentliche Berechtigung ausgedrückt zu ſehen.

Da ſo das Teſtament die Inteſtaterbfolge ſchon zu ſeiner Form hat, kann ſeine Form als ſolche laxer werden, d. h. das ſtrenge Teſtament erhält in der bonorum possessio secundum tabulas ein freieres laxeres gegenüber, das aber zunächſt nur die Möglichkeit, nicht die Gewißheit des Erbens zuläßt. Aber indem das Inteſtatſyſtem nur noch Form des Teſtaments iſt, iſt zugleich ſein Gegenſatz zu demſelben erhalten. Dieſer Gegenſatz, dieſes Unberechtigtſeyn des Inteſtatſyſtems äußert ſich zuvörderſt als bloßes Klagen (Querel) das aber bald eine auch objective Geltung erhält, die ſich in dem Pflichttheil als quantitative Mitte und Ausgleichung darthut. In dieſer quantitativen Mitte iſt aber eben ſo wohl noch der Gegenſatz erhalten: er iſt es eben dadurch, daß eine quantitative Mitte vorhanden iſt. Die endliche Identität beider Syſteme vollbringt ſich nur dadurch, daß die wirkliche Einſetzung der Inteſtaterben (nicht die bloß formelle) zum nothwendigen Beſtandttheil des Teſtaments erhoben wird, daß ſomit die Familie und ihre Forderung zu einem wirklichen Gegenſtand der Berückſichtigung abſeiten der Willkühr werden.

Auf dem Grund und Boden des Erbrechts hat ſich alſo dieſelbe Scene des Weltgeiſtes abgeſpielt, welche die Blätter der Geſchichtſchreibung in zwölfhundertjährigen Begebniſſen auf dem politiſchen Schauplatze eben ſo nach-

Digitized by Google

weisen, nur daß mit verändertem Namen, der Kampf der Plebs und der Optimaten, die secessiones, die Einräumungen des canulejischen und hortensischen Gesetzes die Forderung der lex agraria, die plebejische Consulwürde und Prätur, endlich das Verschwinden des Demos und des Patriciats in die atomistische Gleichheit der zum Privatleben herabgesunkenen Quiriten, hier als testamentum calatis comitiis als das per aes et libram, als Querela inofficiosi testamenti, endlich als 115te Novelle auftreten, um im Kleide des Privatrechts denselben Gang des Begriffes zu wiederholen. Aber die letzte Identität des Römischen Wesens ist schon häufig in dieser Schrift als die Identität des Erschlaffens der Gegensätze angegeben worden. So ist denn auch die Identität des Intestatsystems und des testamentarischen in der 115ten Novelle in der That nichts als die Gleichgültigkeit beider Systeme. Die Willkühr hat ihre Kraft, welche ihr einziger Inhalt war, verloren, und das Intestatsystem beruht auf einem erschütterten und noch in seiner letzten Gestaltung wenig sittlichen Familienbegriff. Darum behält auch am Ende noch das testamentarische System immer den Vorsprung vor dem Intestatsystem, und welche Rechte sich auch die Familie gegen das Schalten des Testaments erkämpft, nie ist das Recht derselben als das der eigentlichen Erbfolge, von vorn herein, anerkannt worden. Schon in dem Namen, den die Familienerbfolge hier erlangt, in dem Namen der Intestaterbfolge liegt es, daß sie nicht als ein Ursprüngliches angesehen wird, sondern als das Hinterher des Umstandes, daß von der Willkühr kein Gebrauch gemacht worden ist. [186]) Diese Schmach, ein Hinterher, ein Secundaires zu seyn,

186) l. 1. D. (38. 6.) fuit enim ordinarium ante de judiciis testantium dein de successione ab intestato loqui.

kann auch die Intestaterbfolge, selbst in ihren letzten Siegen nicht überwinden.

Es bleibt also gewissermaßen der Gegensatz des Testaments und der Intestaterbfolge noch stehen, nur daß die Gegensätze sich nichts mehr anhaben, sondern nachdem sie ihre Kraft gegen einander versucht, im Frieden neben einander stehen. Aus dem Gesichtspunkte dieses Nebeneinandersteheus wird sogar das Resultat ihres Kampfes, ihre Identität zu einem dritten Systeme, das eben so friedlich neben beiden steht, und ihre ruhige Verbindung und Einheit in von beiden gesonderten Satzungen und Lehren ausdrückt. Der folgende Theil der Untersuchung wird also der seyn, daß nun in das innere Wesen dieser Systeme selbst eingegangen wird, nachdem wir sie bis jetzt nur von der Seite ihrer Bewegung betrachtet haben.

Die folgende Abhandlung handelt daher zunächst:

I. Von dem Systeme der Willkühr.

II. Von dem Systeme der Familie.

III. Von der Identität beider Systeme.

Zweites

Zweites Kapitel.

Das System der Willkühr oder das testamentarische Erbrecht.

Es kann zunächst auffallend erscheinen, daß in der Ueberschrift von einem Systeme der Willkühr gesprochen wird, da die Willkühr eben das zu sein scheint, was sich als das Unzusammenhängende oder Unsystematische zu erkennen giebt. Es würde in so fern die Ueberschrift allerdings nichts anderes sagen, als daß hier von einem Systeme des Unsystematischen die Rede ist. Aber die Willkühr ist nur dies Unsystematische, so lange es die ewig sich erneuende Willkühr ist. Die sich bestimmende und besondrende Willkühr ist nur darin willkührlich, daß sie einen zusammenhangslosen willkührlichen Ausgangspunkt hat; hat sie sich aber als dieses Besondere geäußert, so fällt sie den Gesetzen dieser Besonderheit oder vielmehr ihren eigenen Gesetzen anheim, und es ist nichts willkührliches in ihr mehr als ihr Anfang. Der Fortgang vom Ausgangspunkte an, ist freilich alsdann nicht ein lebendiger begriffsmäßiger, sondern vielmehr eine leere syllogistische Weiterleitung. Das System der Willkühr besteht darin, die sich consequent bleibende Willkühr zu seyn.

Die besondere Willkühr, mit der wir es hier zu thun haben, ist das Römische Testament. In wie weit dieses

Institut die leerste von allen substantiellen Forderungen entblößte Willkühr enthalte, hat bereits das vorstehende Kapitel gelehrt, das dieselbe im Kampfe mit dem Familiensystem gezeigt hat. Indem sich aber diese Willkühr als Testament bestimmte, hat sie sich selbst einen Kreis von Verhältnissen erbaut, die zwar darauf beruhen, daß das Testament willkührlich ist, aber als das Abgeleitete selbst nicht mehr diese Willkühr an sich haben. Das willkührliche Erbrecht ist mit anderen Worten nur nach außen zu, und im Gegensatz zu dem substantiellen Familiensystem dies Willkührliche, nach innen zu ist es ein geschlossenes systematisches Ganzes. [1])

Ehe wir nun aber dieses System von Verhältnissen, welches die Willkühr erbaut hat, betrachten, und in seine Momente zerlegen, ist es allerdings nöthig, von dem eben erwähnten Ausgangspunkte des testamentarischen Systems ausführlicher zu sprechen. Es ist nämlich nicht genug hier gesagt zu haben daß er die Willkühr sey, wir müssen vielmehr zusehen, wie sich die Willkühr als diese bestimmte Römische Willkühr manifestirt. Die Frage, welche hier zunächst sich aufwirft, ist also die: Wie fassen die Römer den Begriff des Testaments, und auf welchem Boden lassen sie dasselbe entstehen? Die Antwort auf diese Frage wird nothwendig seyn: das Testament wird als der Ausdruck des individuellen Willens, und zwar als der einfache Ausdruck desselben gefaßt.

L. 1. D. qui test. facere (28. 1.)

Testamentum est voluntatis nostrae justa sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit.

1) l. 16. D. 35. 1. In his, quae extra testamentum incurrerent possunt res ex bono et aequo interpretationem capere. Ea vero, quae ex ipso testamento orirentur, necesse est secundum scripti juris rationem expediri.

Digitized by Google

Ulpiani fragmenta XX. §. 1.

Testamentum est mentis nostrae justa contestatio, in id solenniter facta, ut post mortem nostram valeat.

Pr. I. II. 10. de test. ord.

Testamentum ex eo appellatur quod testatio mentis sit. [2])

Der Wille, als dessen Ausdruck das Testament gefaßt wird, ist nicht der concrete Wille, das Wollen dessen was an und für sich recht ist, sondern der rein abstracte Wille, die Willkühr. Die Römer haben für diese Willkühr auch die vollkommen entsprechende Bezeichnung, indem sie sie den nackten Willen (*nuda voluntas*) [3]) oder auch den bloßen Willen (*mera voluntas*) [4]) nennen, zwei Worte, die in Beziehung auf Erbrecht durchaus synonim gebraucht werden. [5]) Man kann füglich in Rücksicht auf diese Leerheit und Nacktheit des Willens folgende Worte des Ulpianus für die Lehre vom Testament zum Motto nehmen: *et facit quidem totum voluntas defuncti.* [6])

Weil nun aber die Willkühr des Individuums dieses Alles Setzende ist, und weil der Geist der Römischen Geschichte die Freiheit überhaupt in Form der Willkühr faßt, so ist diese nuda oder mera voluntas nicht als etwas Untergeordnetes oder Leeres, wie es der Name für uns

---

2) Cf. Gellius VI. 12.

3) l. 3. §. ult. D. de adimend. et transf. leg. (34. 4.) l. 1. l. 15. §. 1. D. de test. militis (29. 1.) l. 1. §. 4. D. de adsignand. lib. (38. 4.)

4) l. 75. de leg. I. (30.) l. 18. D. de ad. leg. (34. 4.)

5) Cf. l. 18. D. de ad. leg. (34. 4.)

6) l. 35. §. 3. de hered. inst. (28. 5.)

Digitized by Google

auszudrücken scheint, zu betrachten, sondern sie hat im Römischen Sinne eine objective, ja, wenn man will, religiöse Berechtigung. Sie wird aus der Leerheit, die sie eigentlich bedeutet, ein Substantielles, das zu achten und anzuerkennen ist. Daher jene Römische religiöse tiefwurzelnde Scheu, wo von dem letzten Willen eines Menschen die Rede ist, und während uns der Gegenstand dieser Ehrfurcht fast unerhört vorkommen muß, ist doch dieser höchste Götzendienst der individuellen Freiheit in dem characteristischen Tempel, den er sich in der testamentifactio erbaut hat, eine nicht zu verkennende bedeutende Manifestation des Römischen Geistes.

Cicero. Philippica II. cap. 42.

In publicis (sc. rebus) nihil est lege gravius, in privatis firmissimum est testamentum.

Tusculanae quaest. I. cap. 14.

Quid procreatio liberorum, quid propagatio nominis, quid adoptiones filiorum, quid *testamentorum diligentia* quid ipsa sepulcrorum monumenta, quid elogia significant, nisi nos futura etiam cogitare.

Hier stellt Cicero die fleißige Abfassung der Testamente auf gleiche Linie mit den substantiellsten Forderungen der Familie, des Geschlechts und der Religion. Wenn so Cicero das Testament von der Seite seiner Heiligkeit in Verbindung mit anderen nicht minder heiligen Dingen betrachtet, so sieht dagegen die stoische Philosophie dasselbe für den Act einer reinen Unpartheilichkeit, (da der Testator aus dem Leben scheidet) an, in so fern aber gerade als die umgekehrte Reinheit und Vortrefflichkeit, welche nicht, wie bei der epicurischen Lehre, in seiner positiven Bedeutung und in seiner Zusammenstellung mit den Familien-

Digitized by Google

verhältnissen, sondern gerade in der Negation alles Interesses zu suchen ist. In dem Glauben an die Vortrefflichkeit des Testaments stimmen die Römischen Stoiker mit den Epicuräern überein.

Seneca de beneficiis IV. cap. 2.

Quid cum in ipso vitae fine constituti sumus, cum testamentum ordinamus, non beneficia nobis nihil profutura dividimus? Quantum temporis consumitur? quamdiu secreto agitur, quantum et quid demus? Quid enim interest, quibus demus, a nullo recepturi? Atqui nunquam diligentius damus, nunquam magis judicia nostra torquemus, quam ubi *remotis utilitatibus, solum ante oculos honestum stetit*, tamdiu officiorum mali judices, quamdiu illa depravat spes, ac metus ac incertissimum vitium voluptas. Ubi mors interclusit omnia, et ad ferendam sententiam incorruptum judicem misit, *quaerimus dignissimos, quibus nostra tradamus.* Nec quidquam *cura sanctiore* componimus, quam quod ad nos non pertinet.

Während diese Ansicht über das Testament bei den Philosophen feststeht, urtheilen die Dichter, Redner und Juristen nicht anders über dasselbe.

Ovidii Tristia I. 2. v. 53.

Est aliquid fatoque suo ferroque cadentem
In solida moriens ponere corpus humo
Et mandare suis aliqua et sperare sepulcrum.

Tristia III. 3. 43.

Nec mandata dabo? nec cum clamore supremo
Labentes oculos condet amici manus?

Digitized by Google

Quinctiliani Declam. CCCVIII.

Neque enim aliud videtur solatium mortis, quam voluntas ultra mortem. *Alioquin potest grave videri etiam ipsum patrimonium, si non integram legem habet* et cum omne jus nobis in id permittatur viventibus, auferatur morientibus.

L. 5. D. testam. quem. (28. 3.) (Paulus.)

Publice enim expedit suprema hominum judicia exitum habere.

L. 1. C. de sacrosanctis ecclesiis (I. 2.) (Constantinus.)

Nihil enim est, quod magis hominibus debeatur, quam ut supremae voluntatis, postquam jam aliud velle non possunt, liber sit stylus, et licitum, quod iterum non redit arbitrium.

Aus den hier mitgetheilten Stellen geht alſo hervor, was eben ſo in dem Begriff der Sache liegt, daß den Römern das Teſtament als die letzte Aeußerung des Sterbenden, eine religiöſe Bedeutung hat, ſey es nun, daß es in Verbindung mit familienmäßigen Intereſſen geſtellt, oder als Uneigennützigkeit und reine intereſſeloſe Unpartheilichkeit aufgefaßt wird. Es hat in dieſer Heiligkeit und in dieſer religiöſen Subſtantialität gleichſam den Character der Willkühr verloren, und was wir auch gegen die Anbetung und die Heiligkeit dieſes Gottesdienſtes der individuellen Willkühr ſagen mögen, als Anbetung iſt ſie ſelbſt ſchon ohne den Gegenſtand derſelben ein Ehrwürdiges, wenn auch vollkommen Subjectives. Die Religion des Teſtaments iſt freilich gegen ihre weiter geſchrittenen Stufen, der hohle Ausdruck eines leeren Nichts, aber als Religion kann ſie das fordern, geehrt zu werden, und ihre

Digitized by Google

eigene Leerheit wird durch die Wichtigkeit erfüllt, die in sie gelegt worden.

Aber der letzte Wille, oder das Testament, setzt zunächst einen Wollenden voraus. Es ist nicht genug ein menschliches Individuum zu seyn, um zu wollen, sondern es ist auch nöthig, daß das Individuum wollen könne. Die einfache Identität mit sich selbst, welche eben das Wollen ist, setzt voraus, daß das Individuum das Bewußtseyn von sich habe, und bei sich sey. Es muß fähig seyn sich zu verdoppeln, und in allem Gewolltem sich selbst zu setzen. Um ein Testament zu machen, wird daher angenommen werden müssen daß der Testirende überhaupt einen Willen habe. Ein menschliches Individuum kann aber willenlos seyn, sowohl aus Ursachen welche sich bloß auf die Subjectivität seines Geistes beziehen, dann aus solchen, welche in die Institutionen des objectiven Geistes, der Familie und des Staates fallen. Die Hindernisse, die sich der Testamentsabfassung entgegensetzen, können also dreifacher Art seyn.

I. Psychologische Hindernisse.

II. Hindernisse, die aus dem Familienbegriffe folgen.

III. Hindernisse, die aus dem Wesen des Staates hervorgehen.

I. Der Wille setzt zuvörderst die Freiheit des Geistes voraus. Durch körperliche Krankheit wird diese Freiheit nur dann gestört, in so fern die Krankheit des Körpers auch den Geist zerrüttet. Es gilt also als Ausgangspunkt der Satz: In eo, qui testatur, ejus temporis, quo testamentum facit integritas mentis, non corporis sanitas exigenda est. [7]) Eine Krankheit also, die auf den Willen von keinem Einfluß ist, kann auch die Testa-

7) l. 2. D. qui test. (28. 1.) l. 10. l. 17. D. h. t.

mentsfähigkeit nicht hindern. [8]) Dagegen sind diejenigen Krankheiten, von denen anzunehmen ist, daß sie auf die Freiheit des Geistes Einfluß haben, allerdings Testamentshindernisse. Dazu gehört der Zustand des Taubstummen [9]) obgleich der frühere äußere Grund dieses Hindernisses daraus hergeleitet wird, daß dieser den Erfordernissen eines Mancipationstestaments körperlich nicht genügen könne. [10]) In der älteren Zeit ist daher auch jeder einzelne Mangel, entweder die Taubheit, oder das Stummseyn hinreichend, um von der testamentifactio auszuschließen, dagegen in der spätesten Periode die Vereinigung von beiden gefordert wird, und selbst dann noch die Erlaubniß des Regenten aushelfen kann. [11]) Wenn nun in dem Taubstummen die Vermuthung einer Geistesschwäche, oder wenigstens die andre vorherrscht, daß derselbe seinen Willen nicht deutlich ausdrücken könne, so ist natürlich der Wahnsinnige vollkommen ausgeschlossen, da sich bei ihm die Geistesabwesenheit in ihrer eigensten Form darstellt: doch da die Geistesabwesenheit nur in Beziehung auf das Testament in Frage kommt, so sind auch die etwanigen lichten Zwischenräume hinreichend, um das darin abgefaßte Testament nicht umzustoßen. [12])

Aber wenn dem testirenden Individuum auch die eben angegebenen Hindernisse nicht in den Weg treten, so ist eben so erforderlich, daß dasselbe das einfache Bewußtseyn von sich selbst habe, d. h., daß es wissen müsse, wer es selbst sey: es ist nicht genug zu wissen, daß es ein Indi-

8) l. 8. D. 28. 1.
9) l. 10. C. (6. 22.)
10) Ulp. XX. 13.
11) l. 10. C. h. t.
12) §. 1. I. II. 12. l. 17. D. 28. 1. l. 9. C. 6. 22.

viduum sey, es muß auch das Bewußtseyn von seiner Stellung in der Familie und in der bürgerlichen Gesellschaft haben.

L. 14. D. h. t. (28. 1.)

Nam qui incertus de statu suo est, certam legem testamento dicere non potest.

L. 15. eodem.

De statu suo dubitantes vel errantes, testamentum facere non possunt.

Ulp. Fragm. XX. §. 11.

Qui de statu suo incertus est, testamentum facere non potest.

Hiermit ist aber der Uebergang zu den Hindernissen angegeben, die aus den concreteren Verhältnissen der Wirklichkeit und des Staates hervorgehen.

II. Das menschliche Individuum ist nicht allein jenes abstracte Wesen, als welches es so eben betrachtet worden, sondern weiter besondert und bestimmt, als dieses Individuum, als der Wirklichkeit und ihrer Sittlichkeit zugehörig. Es ist nothwendig zuvörderst Mitglied einer Familie. Das, was bis jetzt bloß menschliches Individuum war, wird durch diesen Schritt sogleich ein Römisches. Es fallen nothwendig in dasselbe sofort alle jene Verhältnisse und Bedingungen hinein, welche die Gliederungen und Momente der Familie sind. Der Wille, der bis jetzt bloß von seiner subjectiven und psychologischen Seite betrachtet worden, nimmt hier die Form des Allgemeinen an, und kommt dazu familienmäßiger Wille zu werden. Obgleich nun die Abhandlung, wer in der Familie gültig wollen könne, innerhalb des Familiensystems

Digitized by Google

selbst fällt, so liegt doch die Aeußerung dieses Willens außerhalb, und es gehört hierher, wenn auch nicht die Begründung der Hindernisse die die Familie darbietet, doch wenigstens ihre Aufzählung.

Es können also aus Gründen, die erst im Familiensystem zu entwickeln sind, nicht testiren, weil sie keinen durch die Familie berechtigten Willen haben:

A. Diejenigen, welche sich noch in der väterlichen Gewalt befinden, (filii familias) deren Wille also in den Willen des Gewalthabers aufgegangen ist. [13]) Weil dieser Wille als solcher überhaupt von dem anderen Willen absorbirt worden, so steht es nicht einmal in der Gewalt des väterlichen Willens, dem Sohn zu erlauben, ein Testament zu machen, [14]) denn der Wille des Sohnes ist durchweg das Unberechtigte; es ist daher unmöglich, ihn für eine einzelne Handlung, welche nur aus dieser Nichtberechtigung folgt, als berechtigt zu erklären. Der Vater ist nur fähig, den Sohn überhaupt zu emancipiren, nicht aber, während er in der Gewalt ist, ihn zu etwas zu erheben, was in Beziehung auf diese Gewalt unmöglich ist. Da aber das Testament eine Aeußerung des Willens in der Sphäre des Eigenthums ist, so folgt, daß, wo dem Sohne überhaupt eine Aeußerung der Art freisteht, es ihm auch erlaubt seyn müsse, zu testiren. Da er in dem peculium castrense überhaupt eine Breite für sein Schalten hat, so ist innerhalb dieses peculii also auch das Recht zu testiren ertheilt. [15])

---

13) Ulp. XX. 10. l. 6. l. 19. D. 28. 1. S. Zimmern Grundriß des Erbrechts S. 49 — 55.

14) l. 6. D. h. t. adeo ut quamvis pater ei permittat, nihilo magis tamen jure testari possit.

15) Ulp. XX. 10. pr. I. II. 13.

Digitized by Google

B. Diejenigen, welche zwar nicht mehr in der väterlichen Gewalt sind, aber als Pupillen die Jahre der Pubertät noch nicht erreicht haben. [16])

C. Die Weiber haben zwar, wenn sie über die Jahre der Pubertät hinaus sind, einen vollgültigen Willen, indessen hat dieser sich erst durch einen männlichen Beistand zu ergänzen. Sie können daher, so lange die Geschlechtstutel in Rom überhaupt dauert, nur tutore auctore testiren. [17])

D. Wenn so diese Hindernisse des Testirens durch die Verhältnisse der Familie hervorgebracht werden, so hat der Staat namentlich darauf zu sehen, daß der Wohlstand und das Glück der Familien nicht durch Verschwendung untergraben werde. Gerichtlich erklärte Verschwender sind also unfähig ein Testament zu machen, und weil doch im Römischen Recht immer noch ein äußerer Grund für das auch an und für sich Wahre gefunden seyn muß, so ist nichts leichter, als diese Verschwender für partiell Wahnsinnige zu erklären. [18])

Hiermit ist aber zugleich der Uebergang zu den Hindernissen gemacht, welche die bürgerliche Gesellschaft darbietet.

III. Ganz characteristisch sagt Paulus: [19]) tria enim sunt, quae habemus, libertatem, civitatem, familiam. Der Sklave, der dieser Dreieinigkeit von Rechten beraubt ist, ist somit zu einem Unpersönlichen, zu einem bloß Sachlichen herabgewürdigt. Aber als ein Sachliches, das lebendig ist, und menschliche Anlagen hat, erfaßt ihn

16) Ulp. XX. 12. §. 1. I. II. 13. l. 19. D. h. t.

17) Ulp. XX. 15. Gaji Comm. I. 190.

18) §. 2. I. II. 12. l. 18. D. h. t. l. 12. in f. D. de tut. et cur. (26. 5.)

19) l. 11. de cap. min. (4. 5.)

Digitized by Google

die negative Dialectik der Sache wiederum als Theil der Familie (der Ausdruck familia ist ja der Kunstausdruck für Sklaven selbst), und während der Sklave als Sache gar nicht zu berücksichtigen ist, kommt ihm als Theil der Familie das Prädikat zu, daß er nicht testiren könne. [20])

Als das dritte aber, was das Recht des Römers constituirte, ist nächst der Freiheit und der Familie das bürgerliche Moment, die Civität bezeichnet worden. Das Testament ist der Wille des Römers in der Sphäre seines Vermögens: es versteht sich also von selbst, daß ein Nichtrömer kein Testament machen könne. Ausgeschlossen sind daher die Peregrinen, die Latini Juniani und dedititii. [21]) Es kann freilich keinem Peregrinen nach Römischen Staatsrecht benommen seyn, nach seinen eigenen Gesetzen zu testiren, [22]) aber einerseits ist davon im Römischen Rechte nicht die Rede, andrerseits sind wenigstens die Deditition, diese Parias oder Vratryas [23]) des Römischen Volkes nur abstracte Peregrinen, sie gehören nicht einmal einer bestimmten Stadt an, sondern sie sind eben das, keine Heimath zu haben. [24])

Aber daß jemand Römischer Bürger sey, macht ihn nicht allein fähig einen Römischen Willen zu haben; er muß hierzu auch eine Breite haben, in der dieser Wille gelte. Der Römer kann nur unter Römern testiren, oder wenigstens so lange er sich bei Fremden als Römer fühlt, und bei ihnen als solcher gilt. Der in der Gefangenschaft

---

20) l. 19. D. h. t. Der servus publicus populi Romani kann über die Hälfte dessen, was er hat, testiren. Ulp. XX. §. 16.

21) Ulp. XX. §. 14..

22) Ut adversus leges civitatis suae testetur. Ulp. l. l.

23) Menu II. 38. 39. 65. S. dieses Buches 1sten Band S. 76.

24) Quoniam nullius certae civitatis civis est. Ulp. XX. §. 14.

Digitized by Google

der Feinde befindliche Römer kann nach Römischen Gesetzen nicht testiren, [25]) und selbst der miles, dieser überall begünstigte Testator, hat sich hier keine, ihm sonst geläufige Ausnahme erstritten. [26]) Denn der Act des Testaments ist die Handlung des in aller Beziehung freien Römers, die Gefangenschaft aber hebt diese Qualität auf, und vernichtet daher ihre Ausflüsse. Selbst die Wiederkunft des Gefangenen kann diesem Acte keine rückwirkende Bedeutung geben, [27]) da ihm sein allgemeiner Boden, der freie Wille abging. Auch nur Gefangene für einen bestimmten Zweck, Geißeln können nicht testiren, [28]) es müßte ihnen denn ausdrücklich gestattet werden; das Testament aber, das der Gefangene vor seiner Gefangenschaft gemacht hat, wird durch seine Rückkunft jure postliminii, oder, wenn er beim Feinde stirbt, per legem Corneliam gültig. [29]) Wenn aber von Feinden die Rede ist, so sind nur wirkliche Feinde, die als solche selbst geachtet werden, gemeint: ein von Räubern gefangener behält seine Freiheit und kann daher testiren. [30])

Um einen vollgültigen Willen zu haben, muß das Römische Individuum nicht allein Bürger seyn, sondern es muß sich auch in der Lage befinden, diesen Willen realisiren zu können. Wie nun zufällige Ursachen aus dieser Lage bringen können, so kann es auch die Nothwendigkeit der Strafe. Jede Strafe, welche die Civität nimmt, hat zugleich die

---

25) l. 8. pr. D. 28. 1. §. ult. I. II. 12. In später Zeit ändert sich dieses Recht. Nov. Leonis XL.

26) l. 10. de test. militis (29. 1.)

27) Quamvis redierit, l. 8. p. l. l.

28) l. 11. D. h. t.

29) §. ult. I. II. 12. l. 12. D. 28. 1. Ulp. XXIII. 5.

30) l. 13. pr. D. 28. 1.

Digitized by Google

Unmöglichkeit des Testirens für das bestrafte Individuum ausgesprochen. Dahin gehört z. B. der cui aqua et igni interdictum est, oder der deportatus in insulam, [31]) so wie alle lege intestabiles. [32]) Zu den drei Momenten, die eben in Beziehung auf die Hindernisse, die sie darbieten, dargestellt worden sind, tritt in der christlichen Zeit noch das religiöse Moment, und die Trinität der Freiheit, Civität und Familie wird zu einer Vierheit, welche auch die Rechtgläubigkeit unter sich begreift. [33]) Aber das Christliche Moment ist selbst das Auflösende des Römischen Rechts, es gehört in seiner Wahrheit einer anderen und späteren Zeit an, und kann in der eigentlich Römischen Rechtsgeschichte keinen Platz finden.

Wir haben den Willen und seinen Ausdruck, das Testament, von der Seite des Wollenden und Testirenden betrachtet. Diese Betrachtung hat sich jedoch bis jetzt nur ganz abstract auf die ganz allgemeine Anlage des wollenden Subjects bezogen, auf das, was es seyn müsse, um zu wollen. Es ist aber nicht bloß nöthig, daß es wollen könne, und wirklich wolle; sondern weil der Wille eben es selbst ist, so muß es seinen eigenen Willen wollen; es und sein Wille darf nicht so disparat seyn, daß es willenlos sey, und sein Wille eben etwas ganz anderes sey, als es selbst. Es würde sich aber jemand seines Willens entäußern, wenn er den Inhalt des Testaments, die Erbeinsetzung an den Willen eines Anderen knüpfte, ex alieno arbitrio abhängig machte. Der Satz steht also fest, der Testator muß selbst seinen Willen ausdrücken, denselben aber nicht als die Bestimmung eines anderen setzen.

---

31) l. 8. §. 1. 2. D. 28. 1. l. 7. §. 3. de interd. (48. 22.)
32) l. 5. §. 1. C. 9. 8. l. 18. §. 1. D. 28. 1.
33) l. 1. C. 1. 7. l. 4. §. 1. C. 1. 5.

Digitized by Google

L. 32. D. de her. inst. (28. 5.) (Gajus.)

Illa institutio, *Quos Titius voluerit* ideo vitiosa est, *quod alieno arbitrio permissa est*, nam *satis constanter* veteres decreverunt testamentorum jura ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere.

L. 68. D. eodem (Pomponius.)

Atquin si quis ita scripserit, *si Titius voluerit, Sempronius* heres esto, non valet institutio.

Dieser Satz, daß der Testator selbst wollen müsse, und sich nicht an einen anderen Willen wenden könne, gilt für jede Aeußerung desselben, also auch für das Legat. [34]) Bei den Fideicommissen ist die fides des Anderen, die vorausgesetzt wird, und also im Grunde sein Wille ist, die Ursache, daß dieser Satz bei ihnen nur bedingte Anwendung findet, [35]) denn das Fideicommiß ist, wie späterhin erst gezeigt werden kann, ursprünglich das, vom anderen Willen abhängig zu seyn. Da nun aber der testamentarische Wille nichts anderes bedeutet, als alles wollen zu können, so muß die Römische Dialectik bald dahinter kommen, daß wenn man alles wollen könne, man auch wollen könne, daß ein Anderer wolle. Da man nun irgend eine Bedingung seines Wollens setzen kann, es auch erlaubt ist, diese Bedingung in die Willkühr eines Anderen zu stellen, so sey im Grunde dieser Satz, daß man selbst wollen müsse, ein durchaus leerer. Diese Dialectik hat Ulpian, wenn er meint: in arbitrium alterius conferri legatum veluti conditio potest: quid enim interest, si Titius

34) l. 52. D. de cond. et. dem. (35. 1.)

35) l. 46. §. 2. D. de fideicom. lib. (40. 5.) Cf. l. 11. §. 7. de leg. III. (32.)

in Capitolium ascenderit mihi legetur, an si voluerit? [36]) Aber der Unterschied, den dieses Raisonnement übersieht, ist allerdings bedeutend. Wenn die Bedingung der Institution auch in die Willkühr eines Dritten gestellt ist, so ist es immer nur eine äußere Thatsache, die der Wille zur Norm macht. Daß diese in die Willkühr eines Menschen gestellt ist, will nicht mehr bedeuten, als wenn sie von einer anderen Zufälligkeit abhängig gemacht wäre. Ist aber bloß gesagt, der Dritte soll wollen, nicht was er wollen solle, so hat sich die Persönlichkeit des Testirenden nicht in einer äußeren Thatsache erläutert, sondern fortgegeben, und eine andere dafür substituirt; das Wesen des Testaments ist aber, daß das testirende Individuum selbst wolle. Es ist also nicht sowohl ein Dissens, in dem Ulpian mit dem allgemein angenommenen Rechtssatz steht, [37]) von dem es ja heißt, satis constanter veteres decreverunt, sondern vielmehr ein falsches Kämpfen gegen denselben, und ein Nichteingehen in seine Bedeutung. [38])

Wie

---

36) l. 1. pr. de leg. II. (31.) Thibaut Pandekten §. 800. Note p. Neustetel im Archiv für civil. Praxis. Band III. Heft 3. p. 94 — 100.

37) Schrader civil. Abh. I. S. 41. u. fg.

38) Es ist consequent, daß dem billigen Ermessen die Disposition anheimgestellt werden darf, d. h. daß es etwas Anderes ist, statt si voluerit ein si aestimaveris oder si utile tibi fuerit visum zu setzen. Ist die Disposition der Einsicht oder dem billigen Ermessen eines Anderen überlassen, so ist dieses letztere die Bedingung, die Thatsache von der etwas abhängig ist. Es ist etwas Substantielles vorhanden, des Anderen Einsicht, woran die Institution geknüpft ist. Der Testator hat gewollt, er hat nur des andern Einsicht zur Bedingung gemacht. Ist aber die Willkühr des Dritten zur Entscheidung herbeigerufen, so hat der Testator seinen Willen aufgegeben. Mit

Digitized by Google

Wie das Testament aber einen gültig Wollenden, dann einen eigenen Willen voraussetzt, so verlangt es auch, daß dieser Wille ein freier Wille sey. Wenn sich der Wille selbst nicht so vernichten darf, daß er einen anderen Willen für sich substituirt, so darf er noch weniger von vorn herein, durch etwas Anderes, wie seinen Willen bestimmt seyn. Dieses andre Bestimmende ist aber entweder etwas Falsches, das der Wille selbst voraussetzt, Irrthum, oder eine Macht, die ihn zu Aeußerungen nöthigt, zu denen er sich sonst nicht entschlossen haben würde (Betrug, Zwang.) Alle Dispositionen des Erblassers, die durch solche Einflüsse hervorgebracht worden sind, sind in der Regel null und nichtig, [39]) jedoch ist der Wille nicht als unselbstständig zu betrachten, wenn er irgend einem Einflusse unterworfen worden. Bitten z. B., wodurch der Eingesetzte den erzürnten Testator zu günstigeren Dispositionen vermocht, würden unter keiner der obenerwähnten Rubriken zu betrachten seyn. [40]) Selbst der äußere Anschein, daß ein Einfluß des Zwanges oder Betruges geübt worden ist, muß vermieden werden; es gehört hierher die Bestimmung des Senatusconsulti *Liboniani*, wonach jede Disposition

---

Recht machen daher die Römer den Unterschied: quoniam quasi viro potius bono ei commissum est, non in meram voluntatem heredis collatum. l. 75. pr. D. de leg. I. (30.) l. 11. §. 7. D. de leg. III. (32.) Ein Untergeordnetes, die Wahl der Zeit, kann in die Willkühr eines dritten gestellt werden. l. 11. §. 7. l. 41. §. 13. D. de leg. III. 32.

39) l. 2. §. 7. D. de bon. poss. h. t. (37. 11.) Titulus. D. si quis aliquem testari prohibuerit vel coegerit (29. 6.) Cod. (6. 34.)

40) l. 3. D. h. t. (29. 6.) Virum qui non per vim, nec dolum, quo minus uxor contra eum, mutata voluntate codicillos faceret, intercesserat, sed (ut fieri adsolet) offensam aegrae mulieris maritali sermone placaverat, in crimen non incidisse respondi, nec ei, quod testamento fuerit datum, auferendum.

Digitized by Google

ungültig ist, welche jemand zu seinen eigenen Gunsten, oder zu Gunsten derer, durch die er erwirbt, [41]) oder die durch ihn erwerben, [42]) in das Testament eines Anderen eingeschrieben hat. Außerdem trifft den Schreibenden noch die Strafe der lex Cornelia. [43]) Es gehört ferner hierher, die Lehre von den captatorischen Einsetzungen und Vermächtnissen. Jede Einsetzung ist ungültig, die unter der Bedingung geschieht, daß der Honorirte, einen bestimmten Anderen, sey dieser nun der Erblasser oder ein Dritter, bedenke, [44]) und zwar ist nicht bloß die Verfügung des captans, sondern auch die darauf gebaute des captatus ungültig; [45]) denn das Senatusconsult, das diese Einsetzungen verbietet, will die gegenseitigen Einwirkungen verhindern, welche auf diese Weise auf den Willen der Testirenden geschehen könnten. Geschehen aber die gegenseitigen Einsetzungen so, daß nicht die eine durch die andere bedingt wird, sondern daß beide vielmehr aus einer gemeinsamen Quelle der gegenseitigen Neigung entspringen, (mutuis affectionibus) oder ist die eine zwar durch die andere bedingt, aber die erste Einsetzung der vorangegangene Grund einer späteren (in praeteritum collata) so ist keine captatorische Verfügung vorhanden.

L. 70. D. de her. inst. (28. 5.) (Papinianus.)

Captatorias institutiones non eas senatus improbavit, quae mutuis affectionibus judicia provocave-

41) l. 11. pr. §. 1. l. 6. pr. D. de lege Cornelia de falsis (48. 10.) l. 5. D. de his quae pro non scr. (34. 8.)

42) l. 10. D. eodem.

43) l. 6. D. h. t.

44) l. 71. §. 1. D. de her. inst. (28. 5.)

45) Conf. Bynkershoek Obs. p. 225. et sq. Der umgekehrten Meinung ist Thibaut, Versuche, S. 61. und folg. Pandecten §. 804.

Digitized by Google

runt, sed quorum conditio refertur ad secretum alienae voluntatis.

L. 71. D. eodem (Paulus).

Illae autem institutiones captatoriae non sunt, veluti si ita heredem quis instituat: ex ea parte Maevius heres esto, quia in praeteritum, non in futurum institutio collata est.

Wir haben nun den testirenden Willen in Beziehung auf die Persönlichkeit des Testators als eigenen, so wie als freien Willen desselben betrachtet. Die Selbstständigkeit und Freiheit des Willens und der Persönlichkeit ist aber erhalten, sobald sein Ausspruch, oder vielmehr die letzte Entscheidung dieses Ausspruches in ein äußeres, außerhalb des testirenden Willens liegendes Factum gesetzt wird, das sowohl zufällige Naturbegebenheit, als aus der menschlichen Willkühr entspringende Thatsache seyn kann. Einerseits scheint es allerdings eine Demüthigung und Schwäche des Willens zu seyn, zum Behufe der Entscheidung erst ein andres Factum anstrengen zu müssen, anderseits liegt darin zuweilen die höhere Vernünftigkeit nicht bloß mit reiner Willkühr (pure) setzen zu wollen, sondern, die Entscheidung an substantiellere Begebenheiten, an die Vernunft der objectiven Welt zu knüpfen. Wir sind aber so zu der Lehre von den Bedingungen gekommen.

Die Dogmatik dieser Bedingungen, so weit sie den testirenden Willen angeht, ist ganz einfach, und in wenigen Sätzen enthalten. Die Entscheidung kann in jede äußere Thatsache gesetzt werden, [46]) nur muß diese Thatsache überhaupt möglich seyn, denn sonst wäre es so gut, als wenn keine solche äußere Thatsache genannt wäre. [47]) Eine

46) §. 9 — 11. I. (II. 14.)

47) l. 6. l. 16. D. de cond. inst. (28. 7.) l. 3. D. de cond. et dem. (35. 1.) §. 10. I. II. 14.

Unmöglichkeit ist aber eben so vorhanden, wenn die physische Möglichkeit, die genannte Thatsache zu vollbringen, mit den Sitten und Gesetzen der wirklichen Welt in Conflict käme. Unmöglich ist daher eben so jede gegen die Möglichkeit der geistigen Rechtfertigung anstoßende Bedingung, sey sie nun schlecht an und für sich [48]) oder gegen die gesunde Einsicht. [49]) Zu diesen Bedingungen müssen auch die gezählt werden, die sich in substantielle Verhältnisse des Erben, wie z. B. in seine Ehe einen Eingriff erlauben, [50]) oder sein Gewissen [51]) und seine Freiheit [52]) auf ungeziemende Weise belasten. Es gehören hierher auch die poenae nomine legata des ältern Rechts, welche aber die neuere Gesetzgebung gestattet. [53]) Was sonst über testamentarische Bedingungen zu sagen wäre, geht ihre Erfüllung an und fällt nicht in die Betrachtung des testirenden Willens. Zu der Lehre von den Bedingungen gehört übrigens auch die von den Zeit- und Zweckbestimmungen. [54])

Der Wille ist aber nicht bloß in der subjectiven Beschränkung, in welcher lediglich das testirende Individuum berücksichtigt wird: er strebt vielmehr wirklich zu werden, zu gelten, und als Macht eine Anerkennung zu finden. Dieses Gelten und dieses Anerkennen ist es, welches nicht

48) l. 20. 37. D. 35. 1.

49) l. 27. pr. D. 28. 7.

50) l. 28. pr. l. 63. §. 1. l. 71. §. 1. D. 35. 1.

51) l. 8. D. 28. 7.

52) l. 71. §. 2. D. 35. 1.

53) Gaji Comm. II. §. 235. Ulp. XXIV. §. 17. l. un. Cod. h. t. 16. 41. S. Thibaut Versuche II. S. 148. civ. Abh. S. 55. Neustetel a. a. O. S. 95. Meine Scholien zum Gajus. S. 342.

54) S. darüber Thibaut Pandekten §. 805. 806.

Digitized by Google

mehr in die Beliebigkeit und Willkühr des Testirenden gegeben ist, sondern vielmehr, dem Wollen der anerkennenden Welt zugehört. Der jetzt noch ganz subjective Wille muß sich dieser Welt, als dieser besondere Wille vorstellen, und seine Anerkennung fordern. Es ist von nun an eine doppelte Beziehung in ihr sichtbar, erstens die, in welcher er zur anerkennenden Welt tritt, eine Beziehung, die er mit allen andern Willen gemein hat, die geforderte Form, dann worin er sich in dieser Form, als der besondere Wille erhält, die Demonstration des besonderen Willens.

I. Was nun die Form des Testaments betrifft, so ist von dem, was sie außerdem noch etwa Gedankenmäßiges, in ihrem geschichtlichen Gange enthält, namentlich in Beziehung auf das Familiensystem, im vorigen Kapitel gesprochen worden. Hier sind die Formen des Testaments, als durch und durch Positives, somit Leeres, nur der Reihe nach aufzuzählen.

A. Ordentliche Testamentsform. Sie erfordert sieben fähige Zeugen, [55]) die rogirt werden und freiwillig gegenwärtig sind, so wie die Einheit der Handlung. [56]) Beim schriftlichen Testament ist außerdem nöthig, daß der Testator das Testament geschrieben, oder seinen Namen unterschrieben, oder auch einen octavus subscriptor gebraucht habe. Dann aber haben die Zeugen das Testament zu unterschreiben und zu untersiegeln. [57]) Beim mündlichen Testament muß der Erblasser seinen Willen, vor den Zeugen, deutlich und vollständig erklären [58])

55) Ueber die zum Zeugniß Unfähigen S. Thibaut Pandekten §. 692.

56) §. 3. J. II. 10. l. 21. C. 6. 23. l. 21. §. 3. D. 28. 1. Thibaut a. a. O. §. 692.

57) Thibaut a. a. O. §. 693.

58) Thibaut a. a. O.

Digitized by Google

Die Sprache des Testaments ist bis zu Theodosius des Jüngeren Zeiten die Lateinische, erst von da ab, wird die Griechische zugelassen. [59]) Was die öffentlichen Testamente betrifft, so kennt das Römische Recht, das dem Regenten vorgetragene oder übergebene (principi oblatum) so wie das gerichtliche. [60])

B. Testament des Blinden. Eine Constitution des Kaisers Justinus vermehrt hier die gewöhnliche Zeugenzahl um einen Zeugen, der wo möglich Notar seyn muß, und das mündliche Testament niederschreiben, das schriftliche vorlesen soll. [61])

II. Bei ansteckenden Krankheiten wird durch Kaiser Diocletian die unitas actus erlassen. [62])

III. Die Testamente der Bauern auf dem Lande können im Nothfall vor bloß fünf Zeugen errichtet werden, und zwar so, daß einer für alle unterschreibt. [63])

IV. Das Testament der Eltern unter Kindern. Nur seiner Form nach gehört es hierher, seinem Inhalte und Begriffe nach, kann erst weiter unten von demselben gesprochen werden. Die Eltern brauchen beim schriftlichen Testament gar keine Zeugen zuzuziehen, dafern sie nur den Namen der eingesetzten Descendenten selbst schreiben, und den Erbtheil in Worten ausdrücken. [64])

V. Wenn diese Testamente bis etwa auf das zuletzt genannte, lediglich der Form nach, von den ordentlichen Testamenten unterschieden sind, und zwar deswegen, weil

59) S. Dirksen civ. Abhandlungen I. S. 92.

60) l. 19. C. 6. 23.

61) l. 8. C. 6. 22. S. meine Scholien zum Gajus S. 295.

62) l. 8. C. 6. 23.

63) l. 31. C. 6. 23.

64) Nov. 107. Cap. 1.

Digitized by Google

irgend eine äußere nicht zum Begriff kommende Nützlichkeit diese Aenderung vorschrieb, wenn sie daher nur aufzuzählen wären, so ist die Verschiedenheit in der Form und dem Wesen des Testaments zu dem wir jetzt kommen, nicht bloß diese äußerlich erscheinende Verschiedenheit, sondern sie ist das Vermittelte einer Grundursache, die tiefer liegt, als diese Form. Daß hier von derselben gesprochen wird ist bloß eine äußerliche Abtheilung und Bequemlichkeit, da ihr Wesen vielmehr sich über die ganze Lehre von den Testamenten verbreitet. Jeder sieht aber, daß wir damit das militairische Testament meinen, zu dem wir jetzt übergehen.

Das testamentarische System, welches der Gegenstand dieses Kapitels ist, ist selbst schon häufig in dieser Abhandlung, als die Spitze der Römischen Willkühr bezeichnet worden. Sein Ausgangspunkt war der leere Wille (nuda voluntas): Aber theils haben wir gesehen, theils wird es sich noch unten mehr ergeben, daß dieser leere Wille, wo er sich bestimmt und sich einen Inhalt zu geben versucht, genöthigt ist, auf die Forderungen und Bedingungen der außer ihm liegenden Kreise Rücksicht zu nehmen; will er z. B. auch anerkannter Wille seyn, so muß er aus seiner Besonderheit zur Allgemeinheit der Form sich bequemen, und so ein außer ihm Seyendes ihn Zwingendes anerkennen. Die nuda voluntas des Testirenden, ist so nur in Beziehung auf ihn, diese nuda voluntas: die außer diesem Willen liegenden Kreise können nicht durch denselben gebrochen und gemeistert werden. Die Willkühr, als das alles Vermögende, als das, alles übrige Zerstörende scheint also in der Gewalt des Testirens ihre äußerste Höhe noch nicht erreicht zu haben: die gewöhnliche Testamentsweise hat noch zu viele Verhältnisse des natürlichen Lebens, der Familie, der bürgerlichen Gesellschaft zu berücksichtigen: sie hat sich in ihrer Allmächtigkeit noch nicht erfaßt.

Digitized by Google

Die Kaiserzeit, als die dritte Periode des Römischen Lebens, ist das, eine Willkühr, einer gleichgemachten und zu lauter Atomen gewordenen Welt, gegenüber zu haben. Es ist diese der zwar Gesetze gebende, aber dem Gesetze nicht unterworfene (legibus solutus) Kaiser. [65]) Was ihn hält, ist daher wieder nicht das Gesetz, sondern dieser Act, daß er Kaiser ist. Der Kaiser ist so factischen Verhältnissen unterworfen; darum ist er, je mehr sich der Begriff des Kaiserthums ausbildet, eben so der Mächtigste, wie der Ohnmächtigste. Um sich gegen factische Verhältnisse zu waffnen, muß er seine Stärke in diejenigen setzen, die ihn umgeben, und durch die er seine Macht ausübt: weil er aber darin seine Stärke setzen muß, ist er eben so ihrer Willkühr und ihren Launen unterworfen. Die Römische Kaiserwelt ist daher die Welt des Militairdespotismus in seinen gräßlichsten Formen und Gestaltungen, wo eben diese Gesetzlosigkeit, in der der Kaiser ist, auf die übergehen muß, durch die er seine Macht handhabt: sie sind dieser Gesetzlosigkeit selbst theilhaftig, oder die Römische Soldateske, ist das eine Ausnahme vom Gesetzmäßigen zu seyn.

Wenn daher der testirende Wille sonst an eine Welt und an Verhältnisse, die eine zwingende Kraft über ihn üben, gebunden ist, so ist das Testament des Soldaten, nicht bloß der leere Wille desselben, sondern auch das Verachten dessen was sonst noch für diesen leeren Willen ein zu Ehrendes und zu Achtendes war. Es ist grade characteristisch, daß es das Gebiet des leeren Willens selbst ist, auf welchen der Begriff des Römischen Soldaten, die Befreiung vom Gesetz zu enthalten, am praktischsten und ausgebildetsten sich zeigt, indem hier das Zurückstoßen alles Substantiellen am sichersten und auffallensten wird. Das

65) S. 1. Band. S. 7. 8.

militairische Testament, ist daher nicht bezeichnet, wenn man sagt, es sey ein weniger Formelles, sondern vielmehr ist der Ausdruck dafür der, daß man von ihm prädicirt, es sey der leere Wille, der selbst die Schranken der sonst für ihn Werth habenden Welt durchbricht.

Das Militairtestament, wie es mit dem Begriffe der Kaiserzeit zusammenfällt, ist daher nicht allein ein Erzeugniß derselben, sondern, es muß sich in dem Grade ausbilden, in dem die Kaiserzeit selbst, die Formen und die übrig gebliebenen Bestandstücke der Republik abstreift. Es fängt also eben so, als eine unbedeutende Ausnahme an, indem es nach und nach zu der Höhe der Gesetzlosigkeit steigt, in welcher der leere Wille seine Selbstanbetung durchaus vollendet.

L. 1 D. h. t. (29. 1.) (Ulpianus.)

Militibus liberam testamenti factionem primus quidem *Divus Julius Caesar* concessit, sed ea concessio *temporalis erat.* Postea vero *primus Divus Titus* dedit. Post hoc *Domitianus.* Postea Divus Nerva plenissimam indulgentiam in milites contulit, eamque et *Trajanus* secutus est, *et exinde* Mandatis inseri coepit caput tale (caput ex Mandatis:) Cum in notitiam meam prolatum sit subinde testamenta a commilitonibus relicta proferri, quae possint in controversiam deduci, *si ad diligentiam legum revocentur et observantiam,* secutus animi mei integritudinem, *erga optimos fidelissimosque commilitones,* simplicitati eorum consulendum existimavi, *ut quoquo modo testati fuissent, rata esset eorum voluntas faciant igitur testamenta, quomodo volent; faciant quomodo poterint, sufficiatque ad bonorum suorum divisionem faciendam nuda voluntas testatoris.* [66])

66) Ulp. XXIV. 10.

Fragt man nach dem Umfang der Abweichungen des Soldatenteſtaments von dem gewöhnlichen, ſo greifen dieſe Ausnahmen in alle Kreiſe ein, nach denen ſich ſonſt das Teſtament bequemen muß. Was die Perſon des Teſtirenden betrifft, ſo darf der Soldat als surdus et mutus ein Teſtament machen [67]) eben ſo der zum Tode verurtheilte über die bona castrensia: [68]) ein incertus de statu suo darf teſtiren. [69]) Der nachgeborne postumus rumpirt das Teſtament nicht, [70]) eben ſo wenig wird es ungültig, wenn der teſtirende miles ſich arrogiren läßt. [71])

Er kann ferner ſeine Notherben übergehen [72]) und faſt alle, die ſonſt nicht eingeſetzt werden dürfen, zu Erben einſetzen [73]) der Grundſatz nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest findet beim Soldatenteſtament keine Anwendung [74]) eben ſo wenig die lex Falcidia. [75])

In Beziehung auf Subſtitution iſt der Wille auf keine Weiſe an die gewöhnlichen aus der Natur der Sache reſultirenden Vorſchriften gebunden, [76]) und er kann ſelbſt einen Erben ex certo tempore ernennen. [77]) Was endlich

---

67) I. 4. D. h. t. (29. 1.)

68) l. 11. pr. D. 29. 1. l. 13. C. eodem 6. 21.

69) l. 11. §. 1. D. h. t.

70) l. 7. 8. D. h. t.

71) l. 22. 23. eodem.

72) §. 6. I. II. 13. l. 9. l. 33. l. 36. §. 2. D. (29. 1.) l. 9. C. 6. 21.

73) l. 13. l. 41. §. 1. D. 29. 1. l. 5. C. 6. 21.

74) l. 6. l. 11. §. 2. l. 13. §. 1. l. 19. l. 37. l. 41. D. h. t.

75) l. 17. in f. D. 29. 1.

76) l. 5. l. 15. §. 5. l. 41. §. 4. 5. D. 29. 1. l. 10. §. 5. D. 28. 6. l. 8. C. 6. 26.

77) l. 41. D. h. t.

Digitized by Google

die Form des Testaments angeht, so ist eigentlich der miles zu nichts anderem verpflichtet, als was zum Beweis des Testaments erforderlich ist: er kann also schriftlich ohne alle Zeugen, und mündlich mit zweien Zeugen testiren. [78]) In so fern der Soldat aber auch Bürger ist, kann das Vorrecht, das er hat, eine Ausnahme vom Gesetze zu bilden, nur seinen Soldatenstand überhaupt angehen. Dieser wird durch den Abschied begränzt und hört durch denselben auf, obgleich das Vorrecht des Militairtestaments auch noch ein Jahr nach der ehrenvollen Entlassung dauert. [79]) Es ist wohl erst eine Aenderung des Kaisers Justinian [80]) daß das Vorrecht des Militairrestaments, auf die Zeit beschränkt wird, wo der Soldat in der vollen Ausübung und Thätigkeit seines Standes ist. So ist es im Grunde, die Arbeit des Soldaten, nicht mehr der Stand, der das Privilegium gewährt, ein Grundsatz, der die Bestimmung rechtfertigt, daß auch jeder Nichtsoldat, in militairischen Zuständen, dies Vorrecht haben solle. [81])

II. Wenn das Testament in der Form eine Anerkennung der ihm gegenüberstehenden objectiven Welt manifestirt, und der subjective Wille sich damit einem Allgemeinen unterworfen hat, so muß er sich in diesem Allgemeinen eben so als der besondere Wille erhalten; hat er den Forderungen die an ihn gemacht werden, sich einer allgemeinen gültigen Form zu bedienen genügt, so verlangt er nun seinerseits, als dieser Wille anerkannt zu werden.

---

78) Thibaut Pandecten §. 706. Nach einem Edict des Kaisers Augustus durfte ein Vater seinen Sohn, der miles war, nicht exherediren. l. 26. D. 28. 1. späterhin ist dies aufgehoben worden.

79) l. 21. l. 26. pr. l. 38. §. 1. h. t. (29. 1.)

80) l. 17. C. 6. 21.

81) l. 44. D. 29. 1. l. un de b. p. ex test mil. (37. 13.)

Digitized by Google

Dazu ist aber weiter nichts nöthig, als daß dieser Wille, sich als das, was er ist, zu erkennen gebe, d. h. sich demonstrire.

Die Demonstration, weil sie die von der Form getrennte, bloße Demonstration ist, ist selbst nicht mehr wie früher an eine bestimmte vorgeschriebene Form gebunden. Es giebt z. B. keine bestimmte Formeln mehr, durch die der Eingesetzte, als solcher bezeichnet werden muß. Die Bezeichnung nämlich die er in der bürgerlichen Gesellschaft hatte, sein Name, welche somit die natürlichste Bezeichnung genannt werden kann, ist nicht einmal durchweg nöthig, dafern die Identität der Person durch irgend eine andre beliebige Bezeichnung erwiesen ist. [82]) Ja der Wille ist hier in dieser Sphäre, so das durchweg herrschende, dagegen die objektive Bezeichnung das Untergeordnete, daß auch die falsche Demonstration, falls nur sichtlich ist was der Testator wollte, der Ausführung des Willens keinen Eintrag thut. [83]) Eben so wenig kann die Demonstration an und für sich etwas gelten, so daß etwa die Demonstration als Grund oder Bedingung angesehen würde, und so außer dem Willen noch eine Selbstständigkeit hätte. [84]) Nur ein Schimpfwort, als alleinige Bezeichnung ist nicht hinreichend: [85]) ein solches setzt

82) l. 9. §. 8. l. 58. pr. D. de her. inst. (28. 5.) l. 123. §. 1. de leg. I. (30) l. 25. de reb. dubiis (34 5.) Es gehört hierher die Lehre von dem s. g. mystischen Testament. S. Thibaut Pandekten §. 695.

83) l. 103. §. 10. D. de leg. I. (30.) l. 8. §. 2. de leg. II. 31. l. 102. §. 1. de leg. III. (32) l. 17 pr. l. 40. §. 4. D. de cond. et dem. (35 1.) l. 4. C. de test. (6. 23. l. 5. C. de her. inst. (6. 24.) l. 7. §. 1. C. de leg. 6. (37.)

84) l. 19. pr. de reb. dub. (34.) 5. l. 96. pr. de leg. I. (30.)

85) l. 8. §. 8. D. 28. 5.

Digitized by Google

wenigstens noch eine andere Demonstration voraus, wenn dieselbe Gültigkeit erlangen will. [86])

Wir haben bis jetzt den testirenden Willen, von der Seite der Persönlichkeit des Testators, so wie von der Seite seiner Aeußerlichkeit und Form, wenn er geltender Wille zu werden strebt, betrachtet. Das dritte und letzte Moment ist nun nothwendig das, was vom Testator ausgeht, und sich in der vorgeschriebenen Form äußert, nämlich das von diesem Willen Gesetzte, oder sein Inhalt.

Da das Testament die Beziehung des testirenden Willens zum Vermögen ist, so ist zunächst die Reflexion des Willens auf das Vermögen, als auf ein äußeres todtes Object zu betrachten.

Das Princip, das hier gilt ist nun folgendes. Das Vermögen als das Object des Willens bildet ein Ganzes, das als dieses Ganze vom Willen getrennt ist, und ihm gegenübersteht. Dieses Ganze hat den Kunstausdruck *as, assis,* welcher hier nichts weiter als die Totalität der Erbschaftsmasse bedeutet. Erzeugt der Wille für diese Totalität auch nur ein einziges Individuum, das so den Erblasser allein vorstellt, so kommt ein heres ex asse heraus. Aber das Vermögen ist das dem Individuum gegenüberstehende todte Object, der Wille in seiner Reflexion auf dieses Object, ist ein unendlich thätiger: er vermag es also diese widerstandlose Masse ins Unendliche zu theilen. Grade in dieser Unendlichkeit der Theilung, drückt sich der Wille als unbeschränkter Wille aus, oder es ist dies eben die Seite, in welcher er unbeschränkt ist. Diese Unbeschränktheit hat eben hier einen Ausdruck, der sie vollkommen manifestirt. Das as in seiner bestimmten Gliederung ist in zwölf unciae getheilt. Aber diese bestimmte Theilung

86) l. 48. §. 11. D. 28. 5.

verschwindet gegen die Willkühr des Testirenden: es heißt von ihm, er habe sich an diese bestimmte Abtheilung der zwölf Uncien nicht zu kehren: seinem Willen gegenüber ist das as hereditarium das unendlich Theilbare.

§. 5. I. de her. inst. (II. 14)

Non utique duodecim uncias esse oportet, nam tot unciae assem efficient, quot testator voluerit.

Pauli rec. sent. III. 4.

In quot vult uncias testator hereditatem suam dividere potest.

Wenn so der Testator auch die Abtheilung der zwölf Uncien überschreiten kann, so wird häufig ein Zweifel entstehen, ob der Erblasser sich in diese feste Abtheilung hat fügen wollen, oder nicht, oder auch, ob das einmalige Annehmen dieser Abtheilung, nicht durch die hinterher kommende Willkühr hat verändert werden sollen. Es kann sich nämlich der Testator bei der Vertheilung der Theile des Asses namentlich bedienen, und diese Theile zusammengenommen mehr als das ass enthalten; der Testator ist so in das dupondium übergegangen. In diesem Falle, werden die Quoten nicht mehr als Quoten des Asses, sondern als die des dupondii betrachtet werden, und die Vertheilung wird verhältnißmäßig darnach eingerichtet werden müssen. Jede Vertheilung nämlich, welche indem sie sich anscheinend der Theile des Asses bedient, das Ganze überschreitet, hat das höhere Verhältniß zur Totalität erhoben, welches hier das dupondium u. s. w. ist. Wäre die Vertheilung aber so geschehen, daß zuerst nur die zwölf Uncien erschöpft, hinterher auf einen Asstheil ein Andrer eingesetzt würde, so könnte die Auslegung des Willens keine andere seyn, als daß die letzte Einsetzung, eine hier mit den übrigen in kein Verhältniß tretende ist. Es wird daher dieser letzte

Digitized by Google

Theil dem Eingesetzten pure gegeben werden, und in das Uebrigbleibende, werden sich die Uebrigen, nach Verhältniß ihrer Einsetzung theilen. [87])

Wenn die eine Seite des Testamentsinhalts, das Vermögen, so eine unbeschränkte Reflexion des Willens auf dasselbe darbietet, so ist der Wille nach der anderen Seite seines Inhalts hin, beschränkter. Diese Seite ist aber die des Setzens eines Individuums für das Vermögen, oder die Ernennung des Erben. Wenn die Seite der Reflexion auf das Vermögen, die auf ein todtes, und widerstandloses Object ist, so hat es hier dagegen der Wille, mit dem lebendigen Willen zu thun, und mit den concreten Gestalten desselben, der bürgerlichen Gesellschaft, und dem Staate. Das Setzen des Erben, wird daher nicht durch den leeren Willen bestimmt, oder wenigstens nur innerhalb des Kreises der dem leeren Willen vorher gegönnt ist; mit anderen Worten: die Forderungen der substantiellen Sphäre, schließen bestimmte Personen aus, welche die Willkühr nicht zu Erben designiren kann.

Die Gründe, warum diese bestimmte Personen nicht zu Erben ernannt werden dürfen, fallen nun wiederum nicht in eine Abhandlung des Systems der Willkühr: sie werden hier vielmehr vorausgesetzt, und sind daher an dieser Stelle nur aufzuzählen.

Nach älterem Rechte durften nicht zu Erben eingesetzt werden, ein Peregrinus, ein Latinus Junianus, wenn er nicht etwa zur Todeszeit des Testators, oder zur Zeit der

87) Zum Theil ist dieses die Ansicht des Donellus Comm. jur. civ. lib. 6. Cap. 12., die ich für die richtige halte. Sie legt die Differenz der l. 13. §. 4. I. 15. §. 1. l. 47. §. 1. D. 28. 5. und der l. 23. C. 6. 37. am besten bei. S. auch Schrader civ. Abh. I. S. 223 — 265.

Digitized by Google

cretio Römischer Bürger war [88]) ein caelebs nach den Bestimmungen der lex Julia, [89]) eine incerta persona, weil der Testator das bestimmte Bewußtseyn von seinem Erben haben mußte, [90]) daher nicht municipia und municipes. [91]) Eben so waren die Götter ausgeschlossen, bis auf diejenigen, denen Kaiserliche Gnade, oder besondere Gunst eines Senatusconsults die Erbfähigkeit gewährt hatte. [92]) Aber viele dieser Beschränkungen fallen in der christlichen Kaiserzeit fort, zum Theil schon früher die, welche auf das bürgerliche Verhältniß Bezug nehmen. Constantinus bringt wieder die caelibes zur Erbfähigkeit [93]) denn drei Jahrhunderte haben die Schmach des Coelibats zur Ehre erhoben, die städtischen Gemeinheiten erlangen dies Recht durch Kaiser Leo I., [94]) und Justinian läßt auch die passive testamentifactio der incertae personae zu. [95]) Theilweise unfähig zu Erben nach voller Willkühr eingesetzt zu werden, waren nach dem Voconischen Volksschluß die Weiber. [96]) Nicht bloß die Summe des

88) Cicero pro Caecina cap. 35. Ulp. XXII. §. 2. 3. Gaji Comm. II. 110.

89) Dio Cassius IV. 16. Ulp. XXII. §. 3. Gaji Comm. II. §. 111.

90) Ulp. XXII. §. 4 Gaji Comm. II. §. 238.

91) Ulp. XXII. §. 5. Die municipia waren allein gegen ihre Freigelassene eine certa persona, Ulp. l. l. und zwar durch ein Senatusconsult, cf. Schulting pg. 635. Dirksen civ. Abh. II. p. 129 — 139.

92) Ulp. XXII. §. 6. Dio Cassius LV. 2. Schulting p. 636.

93) l. un. C. Th. de inf. poen. coelib.

94) l. 12. C. de hered. inst. (6. 29.)

95) §. 27. I. de leg. (II. 20.)

96) Cicero de senect. cap. 5. in Verrem I. cap. 41. et sq. Asconius ad. h. l. Dio Cassius LVI. cap. 10. Gellius XX. 1. Gaji Comm. II. 274. Pauli rec. sent. IV. 8. §. 22. Coll. XVI. 3. C. Kind de lege Voconia Lips. 1820. Zimmern Römischrechtl. Unterf. S. 311 —323. Savigny, Ueber die lex Voconia in den Abh. die Berliner Akademie 1820.

Digitized by Google

Vermögens und der Einsetzung scheint einen Unterschied begründet zu haben, sondern nach der Republik des Cicero auch der Umstand, ob die einzusetzende Tochter die einzige war, oder nicht, ob eine Vestalinn beerbt wurde, oder nicht. [97]) Theilweise erbunfähig in Beziehung auf Quantität waren die orbi, nach den Bestimmungen der lex Papia, wobei es eben so einen Unterschied machte, ob sie unter sich, oder von einem extraneus erbten. [98]) Aber der Voconische Volksschluß, kommt ohne Gesetz außer Gebrauch, [99]) und die Kinderlosigkeit kann in den Augen Christlicher Kaiser kein Verbrechen mehr seyn. [100])

Die Christliche Kaiserzeit, wie sie Erbunfähigkeiten, welche aus dem heidnisch-römischen Principe folgen, hebt, fügt deren andere zum Theil vollkommene, zum Theil nur partielle hinzu. Dahin gehören, die der Ketzer, [101]) der incestuosen Kinder in Beziehung auf ihre Eltern, [102]) und umgekehrt, die Beschränkungen, die die Concubinenkinder in Hinsicht auf Erbfähigkeit erleiden, [103]) die der zweiten Ehe [104]) gewissermaßen, auch die welche die Söhne der Hochverräther treffen. [105])

---

97) De republica libro. III. nondum Voconia lege lata, quae quidem ipsa lex utilitatis virorum gratia rogata, in mulieres plena est injuriae. Cur enim pecuniam non habeat mulier? cur virgini Vestali sit heres, non sit matri suae; Cur autem, si pecuniae modus statuendus fuit feminis, P. Crassi filia posset habere, si unica patri esset, aeris millies, salva lege, mea tricies non posset?

98) Ulp. XV. XVI.

99) Gellius noc. att. XX. 1.

100) l. 2. C. Th. de jure lib. VIII. 17.

101) l. 4. 5. C. de haeret. (1. 5.) l. 3. C. de apost. (1. 7.)

102) l. 6. C. de incest. nupt. (5. 5.)

103) l. 12. de nat. lib. (5. 27.)

104) l. 3. C. de sec. nup. (5. 9.)

105) l. 5. §. 1. 3. C. ad leg. Jul. Maj. (9. 8.)

Da es der freie Wille ist, der die Natur des testamentarischen Systems überhaupt ausmacht, so können Sklaven weder testiren, noch eingesetzt werden. Ihr Eingesetztseyn, setzt nothwendig die Freiheit voraus, und gilt daher stillschweigend für Emancipation. Wenn dies sich mit den eigenen Sklaven also verhält, so wird in der Einsetzung des fremden Sklaven nur die seines Herren verstanden; der gemeinschaftliche Sklave, kann daher mit oder ohne Freiheit eingesetzt werden, jenachdem in ihm der fremde oder eigene gemeint ist. [106])

Diese Beschränkungen sind es, auf welche das freie Setzen des Erben stößt, wenn es in die Sphären der Familie, der bürgerlichen Gesellschaft und des Staates eingreifen will. Die weitere Beschränkung ist die, daß der den Erben setzende freie Wille, selbst den freien Willen voraussetzt, sich nach ihm zu richten. Das categorische Bestimmen, der oder jener soll Erbe seyn, wird so zu einem bloßen Wünschen, der eingesetzte Erbe möge die Erbschaft annehmen. Die Erbeinsetzung kann daher nicht bloß an den ihn entgegengesetzten objectiven Hindernissen, sondern eben so an dem subjectiven Willen des Eingesetzten scheitern. Der testirende Wille würde so einen geringen Spielraum für seine Willkühr haben. Um diese Hindernisse zu überwinden, und sich in ihnen als die Willkühr zu erhalten, ist erforderlich, daß die Willkühr, sie selbst voraussetze, und schaffe, daß also die Beschränkungen nicht sowohl Beschränkungen gegen die Willkühr, als selbst von ihr hervorgebrachte Gliederungen und Momente erscheinen. Die Beschränkungen, die die Willkühr zu erleiden hätte, werden so zu Stufen, die sie selbst setzt; die Macht, welche die gegenüberstehende Welt, gegen die Institution üben könnte, wird dadurch

106) Ulp. XXII. §. 14. et sq.

Digitized by Google

vernichtet, daß die Möglichkeit dieser Macht zugegeben, und auf ihr eben weiter gebaut wird. Die Institution wird in diesem Sinn zur Substitution.

Die testamentarische Substitution ist daher nichts als die Anerkennung der der Willkühr gegenüberstehenden Schranken. Diese Schranken werden überwunden, indem die Willkühr sie zu ihren eigenen Momenten macht. Die Formel ist nun die, daß die Willkühr etwas setzt und wenn dies nicht ist, etwas anderes setzt, und so ins Unendliche.

Die Dogmatik dieser Substitution, welche in ihrer einfachen Wiederholung ins Unendliche, ohne weitere Beziehung auf ein substantielles Verhältniß, Vulgarsubstitution genannt wird, [107]) läßt sich in wenigen Sätzen zusammenfassen. Da die Substitution, ihrem Grundwesen nach, eine Institution ist, und ihre Eigenthümlichkeit lediglich darin besteht, daß ihr etwas vorangegangen, so kann bei ihr von anderen Bestimmungen, als die der Institution nicht die Rede seyn. Bei ihr ist daher bloß das ganz Leere zu bemerken, daß der substitutus eintritt, wenn der institutus nicht antreten kann oder will, [108]) daß die Substitution mit der Institution identisch seyn kann, indem die Miterben sich gegenseitig substituirt werden. [109]) In diesem Falle ist die Substitution nicht der unendliche Progreß nach Außen, sondern vielmehr die immerwährende Rückkehr zum Ersten, ein Kreislauf, wodurch der testirende Wille seine ursprüngliche Beharrlichkeit ausdrückt. Was

107) Tit. I. de vulgar. subst. (II. 15.) Tit. Dig. de vulgari et pup. sub. (28. 6.)

108) l. 4. D. h. t. 28. 6. l. 3. D. de aq. vel. om. her. (29. 2.) l. 101. D. de cond. (35. 1.) l. 3. C. de hered. inst. (6. 24.)

109) l. 41. §. 5. D. h. t. l. 37. §. 1. D. de her. inst. (28. 5.)

Digitized by Google

noch über Vulgarsubstitution gesagt werden könnte, fällt lediglich ins Einzelne und Casuistische.

Im älteren Römischen Recht, als noch die feierliche cretio, die Weise der Erbantretung war, war das Nichtcerniren der Erbschaft abseiten des institutus der Augenblick, in welchem die Substitution wirklich wurde: eine bloße pro herede gestio des institutus schloß die Substituten nicht aus, [110]) sie verhalf den institutus zur Hälfte (die andere Hälfte fiel dem Substituten zu) der Erbschaft, lediglich in dem Falle, wenn der Testator den institutus im Fall des Nichtcernirens nicht gradezu exheredirt hat. [111]) Aber seit Marcus Aurelius verschwindet dieser Unterschied ganz. Der pro herede gerirende institutus schließt den Substituten vollkommen aus. [112])

Die Fähigkeit, und das Vermögen, welches der Testator hat, ins Unendliche zu substituiren, umfaßt nothwendig alle diejenigen, die seine Willkühr zu Erben einsetzen kann. Da nun in dem allgemeinen Character des testamentarischen Erben die besonderen substantiellen Verhältnisse der Familie vollkommen geschwunden sind, so folgt, daß der Testator seinem eingesetzten Kinde nicht minder wie jedem andren Erben substituirt. Abgesehen aber von dieser Gleichheit, in welcher das Kind nichts weiteres, als jeder andere Erbe ist, hat es als solches die Bedeutung, ein nothwendiger Erbe zu seyn. In Beziehung auf dieses nothwendige Erbrecht, ist es nach formellem Römischen Recht, wie wir oben gesehen haben, die gleiche Ehre, und vollkommen dasselbige, ob der Notherbe eingesetzt, oder exheredirt sey. Die Substitution, die es bei einem extraneus, daher nur mit

110) Gaji Comm. II. 176.

111) Gaji Comm. II. 177. Ulp. XXII. 34.

112) S. meine Scholien zum Gajus S. 289.

Digitized by Google

der vorhergehenden Institution zu thun hat, hat bei dem Kinde, auch ein Verhältniß zur Exheredation. Man kann einem Kinde substituiren, das gar nicht instituirt ist.

Weil aber die Substitution, als ein Positives, nicht auf der bloßen Negation des Exheredirens beruhen kann, so folgt eben, daß die Substitution hier eine andre Grundlage haben muß. Diese Grundlage ist nicht das Vermögen und die Erbschaft des Testaments, sondern die des Notherben selbst. Die Substitution nimmt so den Character, des für einen andren gemachten Testaments an; sie wird aus einem Zweiten ein Ursprüngliches.

Die Pupillarsubstitution, zu der wir nun gekommen sind, hat daher einen doppelten Character. Einerseits, wenn das Kind Erbe des Gewalt habenden Vaters ist, ist die Pupillarsubstitution, nichts, wie die bis auf die Jahre der Pubertät hinaus verlängerte Vulgarsubstitution. Der die Erbschaft antretende Pupille wird dafür angesehen, als sey bis zu seinem etwanigen Tode, als Pupille, die Erbschaft noch erledigt. Anderseits aber, ist der Pupille z. B. exheredirt, muß die Pupillarsubstitution, als das ursprüngliche Testament des Pupillen betrachtet werden, das der Vater statt seiner setzt.

Namentlich dieses letzte Moment ist es, was gar nicht hierher an diesen Platz gehört, sondern vielmehr, in die väterliche Gewalt, da, wo der Uebergang in die Tutel statt findet. Nur in Beziehung auf das andere Moment, ist das zweite berechtigt hier vorzukommen.

Die Sätze, die die Lehre von der Pupillarsubstitution ausmachen, enthalten nichts, was nicht schon in dem Gesagten läge. Der Gewalthaber kann für das unmündige Kind, auf den Fall einen Erben ernennen, daß es inner-

Digitized by Google

halb der Unmündigkeit stirbt, [113]) und daß nach dem Tode des Testirers nicht die väterliche Gewalt eines Anderen beginnt. [114]) Aber da die Pupillarsubstitution dem Hauptmomente nach auf der Voraussetzung der väterlichen Erbschaft beruht, und ein Secundaires ist, so setzt sie eben so nothwendig ein Testament des Gewalthabenden voraus, [115]) obgleich hierin, wie schon gesagt worden, die Exheredation des Pupillen ausgesprochen seyn kann. [116]) Aus dieser Zweideutigkeit aber, die die ganze Pupillarsubstitution bezeichnet, und die wir in den beiden Momenten angegeben haben, folgt daß der testirende Gewalthaber auch auf die Notherben des Pupillen nur in so fern Rücksicht zu nehmen habe, als sie zugleich seine eigenen sind, [117]) denn die Pupillarsubstitution ist weder das Testament des Gewalthabers noch des Pupillen, sondern beides. [118]) Gut ist die Zweideutigkeit dieser Substitution in folgender Stelle gegeben.

L. 8. §. 5. D. (de inoff. test.) (5. 2.) (Ulpianus.)

Sed nec impuberis filii mater inofficiosum testamentum dicit, quia pater ei hoc fecit, et ita Papinianus respondit: nec patris frater, quia filii testa-

---

113) Gaji Comm. II. §. 179 — 184. Ulp. XXIII. §. 7. 9. Tit. I. de pup. subs. (II. 16.) l. 7. l. 14. l. 21. D. h. t. (28. 6.)

114) l. 2. D. h. t. (28. 6.)

115) l. 1. §. 3. l. 2. §. 1. D. h. t. (28. 6.)

116) l. 1. §. 2. l. 41. §. 3. D. h. t. (28. 6.)

117) Zimmern in seinen und Neustetels Römisch rechtl. Unterss. 1. Bd. S. 85.

118) Gaji Comm. II. §. 180. Quamobrem duo quodammodo sunt testamenta, aliud patris, aliud filii, tanquam si ipse filius sibi heredem instituisset, aut certe *unum est testamentum duarum hereditatum.* §. 2. I. h. t. (II. 16.)

mentum est. Ergo nec frater impuberis si patris non dixit. Sed si in patris obtentum est, nec hoc valebit nisi si in parte patris rescissum est, tunc enim pupillare valet.

Der Zusammenhang aber, der in der Nebeneinanderstellung der Vulgar- und Pupillarsubstitution liegt, und der in dem Hauptmomente der letzteren seinen Grund hat, muß nun nothwendig zu dem letzten Schluß- und Folgesatze der ganzen Lehre gelangen lassen, welcher ist, daß die bloße Anordnung der einen Substitution auch die der anderen voraussetzt, es müßte denn das Gegentheil angegeben seyn. [119])

Als eine willkührliche, wenn gleich nützliche Verfügung ist es zu betrachten, wenn Justinian das wahnsinnige Kind den Unmündigen gewissermaßen gleichsetzt. Die abweichenden Bestimmungen der Quasipupillarsubstitution liegen in dem Unterschiede des Familienverhältnisses, und des bloß physischen Hindernisses [120]) Die Nachstellungen, die übrigens Pupillen, falls ihre Erben bekannt waren, bei dem allgemeinen Sittenverderbniß zu fürchten hatten, machten Vorsichtsmaaßregeln zur Geheimhaltung des Substituten nothwendig. [121])

In der Lehre von der Substitution hat eigentlich die der testamentarischen Erbschaft ihr Ende erreicht. Das leere Setzen der Willkühr zeigt sich hier in seiner Vollendung und angemessensten Gestalt, in der Aufeinanderfolge und in dem langweiligen unendlichen Progreß dieses Setzens. Es zeigt sich hier als das, was es ist, als das von allem Substantiellen Entblößte, zur leersten Zufälligkeit Herabgesunkene, bei dem von objectiveren Forderungen, von dem, was an und für sich Recht ist, nicht mehr die Rede seyn kann.

119) l. 1. §. 1. l. 4. D. h. t. (28. 6.) l. 4. C. h. t. (6. 26.)
120) Thibaut Pandecten §. 703.
121) Gaji Comm. II. §. 181. §. 3. I. h. t. (II. 16.)

Digitized by Google

Aber, wenn dieses von dem höheren Standpunkte, und gegen die Substantialität des Familienrechts gehalten, also erscheint, so ist schon erinnert worden, daß das Ganze des testamentarischen Rechts, im Sinne des Römischen Geistes, weit entfernt davon, diese Leerheit und dieses Unsubstantielle zu seyn, vielmehr eine tiefe religiöse Bedeutung hat, vor der selbst die Anforderungen der Familie häufig als das Leere zurückweichen müssen. Wie der Römische Geist auf sein Letztes zurückgeführt, die leere Willkühr ist, dagegen er sich selbst gewiß als das Substantiellste und Ausschließliche vorkam, so ist das testamentarische Erbrecht, diese schönste Blüthe des Römerwesens, trotz seiner Leerheit, den Römern das Substantiellste, und Heiligste. Die Verschiedenheit, wenn dieses System, in seiner weltgeschichtlichen, oder in seiner Römischen Stellung betrachtet wird, rechtfertigt daher, daß es hier einerseits als das Leerste, anderseits als das Höchste gefaßt werden darf.

Das, was uns also als schroffe und inhaltlose Willkühr vorkommt, wird mit Römischen Sinne angesehen, ein durchaus Erfülltes und Substantielles erscheinen. Alle Bezeichnungen, welche die Römische Sprache nur irgend für ein Heiliges, und im tiefsten religiösen Wesen Ursprung Habendes, aufzubieten vermag, werden an das Testament, als an den eigentlichen Ausdruck desselben verschwendet. Das testamentarische Erbrecht ist nicht ein Willkührliches, das dem Substantiellen gegenüber steht, sondern das Inwendige des Römischen Geistes selbst. Indem es so aber nicht die Willkühr ist, sondern das Substantielle, muß es dem Grundsatze der Römischen Geschichte gemäß, selbst mit dem Gegensatze der Willkühr behaftet seyn, das heißt, das testamentarische Erbrecht, als das Nothwendige und Substantielle, tritt, wie es solches ist, eben so nothwendig in

Digitized by Google

den Kampf, mit einer Abstraction, die ihm gegenüber die Willkühr ist. In diesem Kampfe hat das testamentarische Erbrecht, die Bedeutung der Naturnothwendigkeit, der unerschütterlichen festen und heiligen Grundlage, dagegen, was ihm gegenüber ist, als die losgebundene Willkühr erscheint, die gegen diese Grundlage und gegen diese Anerkennung frevelt. Es hat somit die Dialectik des Römischen Erbrechts innerhalb des willkührlichen Systems denselbigen Kampf noch einmal zum Vorschein gebracht, den das willkührliche System selbst mit der Intestaterbfolge auskämpft. Die Bedeutung der Intestaterbfolge, als des festen Objectiven und Substantiellen, ist hier an das testamentarische Erbrecht übergegangen, das sich als Naturnothwendigkeit begreift, der gegenüber, Alles als abstracte Willkühr erscheint. Der Kampf des testamentarischen Erbrechts und des Legats, den wir nunmehr in seine Momente zu zerlegen haben, ist eben so der Kampf des abstracten Allgemeinen und der freien Persönlichkeit, wie er uns in allen Seiten der Römischen Geschichte, und in allen Rechtslehren begegnet, ein Kampf, dessen Resultat wie überall, das leere Auflösen in Nichts, und in die Gleichgültigkeit der ineinander gehenden Gegensätze ist. Hier kann dieser Kampf noch besonders, der der berechtigten, und als substantiell anerkannten, mit der unberechtigten und von jedem Zusammenhang sich lossagenden Willkühr genannt werden.

Sehen wir nämlich von vorn herein, auf das Verhältniß des Legats zur Erbschaft, und des Legatars zum Testamentserben, so ergiebt sich Folgendes. Der Testamentserbe, wenn er gleich durch die Willkühr seines Testators hervorgebracht ist, ist der Willkühr nur in Beziehung auf dieses Setzen und Hervorbringen anheimgefallen. Als Hervorgebrachtes, d. h. in sofern der Testator nicht mehr vor-

handen ist, kann der Testamentserbe keineswegs mehr als dieses Zufällige, Willkührliche und Leere betrachtet werden. Er ist es, der nicht bloß vom Testator etwas Bestimmtes, Einzelnes erhalten hat, sondern der diesen Testator selbst darstellt, der, das ist, was dieser Testator in seinen Verhältnissen war. Dem Verhältnisse des Erben zum Testator, kommt daher ein gewisser Character von Idealität zu: es ist ein Concretes, die Einheit von vielfachen Bestimmungen. Darum steht der Testamentserbe früherer Zeit, wie wir gesehen haben, in einem Adoptivverhältniß zu seinem Testator, und selbst der spätere, thut namentlich durch die Uebernahme der sacra, eine Innigkeit und Innerlichkeit des Verhältnisses dar. [122]) Der Erbe hat nicht bloß eine todte Beziehung zu den Sachen des Testators, sondern eine vollkommen lebendige und ideelle: er ist eben so der leidende Theil, indem die Schulden und Verpflichtungen des Testators auf ihn übergehen.

Vergleichen wir hiermit den Legatar, so findet sich dieser alles umfassende Unterschied zwischen ihm und dem Testamentserben, daß das Lebendige und Persönliche, welches im Wesen des Erben lag, beim Legatar durchaus nicht vorhanden ist. Sein Verhältniß bringt es vielmehr mit sich, daß er dieses Lebendigen und Persönlichen vollkommen ermangeln muß. Bei ihm ist nicht das Ideelle, die Einheit von Vielfachem die Wesenheit, sondern sein Wesen ist die todte Beziehung auf eine Sache. Er wird vom Testator in das Verhältniß zu einem Bestimmten und Einzelnen gesetzt, ohne daß über die Gränzen dieses Einzelnen hinaus, ein weiterer Kreis für ihn läge. Die Will-

122) Cicero de legibus II, 19. Heredum causa justissima est. *Nulla est enim persona, quae ad vicem ejus, qui e vita emigrarit propius accedit.*

kühr, welche den Legatar hervorbringt, indem ihre Schöpfung eine todte, und der Sache preisgegeben ist, verhält sich zu jener Willkühr, welche in dem Erben eine volle, lebendige und vielseitige Persönlichkeit erzeugt, allerdings, wie das ganz Abstracte und Leere, zu dem Erfüllten und Concreten.

Der Kampf der Testamentserbschaft und des Legats hat also diese Bedeutung, daß einerseits vom Testator verlangt wird, es solle sein testirender Wille, nur den lebendigeren Nachfolger erzeugen, den wir unter der Benennung des Erben begreifen, anderseits aber die testirende Willkühr dagegen einzuwenden hat, daß ihre eigenthümlichste Form das sey, keinen Zusammenhang, und nichts Substantielles hervorzubringen, daß sie daher in der Vereinzelung und in dem Atomistischen des Legats eben das eigentliche Territorium, dessen sie bedürfe, gefunden habe. Es ist somit der Kampf der sich auch in ihren Erzeugnissen consequent bleibenden Willkühr, mit der sich selbst ungetreuen, deren Product die Natur des Substantiellen und Nothwendigen annimmt.

Wie in allen Römischen Verhältnissen ist auch hier vor dem ausgebrochenen, und zur Wirklichkeit gewordenen Kampf, nothwendig ein Moment, in welchem die Gegensätze noch verhüllt erscheinen, und eine wenigstens äußerliche Einheit darbieten; dem Kampf der Testamentserbschaft und des Legats geht daher dasjenige Moment voran, worin beide noch nicht unterschieden sind, d. h. sich noch nicht feindlich gegenüberstehen. Die testirende Willkühr ist hier noch nicht zu der Reflexion gekommen, zwischen der Persönlichkeit und Substantialität des Erben, und der Unlebendigkeit und Leerheit des Legatars zu unterscheiden. Die Willkühr ist hier noch in ihrer einfachsten Abstraction; sie will bloß wollen können; was dieser Wille hervorbringt ist gleichgültig. Testamentserbschaft und Legat

Digitized by Google

sind nach dem Ausspruche der zwölf Tafeln, uti legassit, noch ganz ineinander, und gegeneinander gehalten von völlig gleicher Bedeutung.

Gaji Comm. II. §. 224.

Sed olim quidem licebat, totum patrimonium legatis atque libertatibus erogare, nec quidquam heredi relinquere, *praeterquam inane nomen heredis*, idque lex XII tabularum permittere videbatur qua cavetur, ut quod quisque de re sua testatus esset, id ratum haberetur, his verbis: *uti legassit suae rei*, ita jus esto quare qui scripti heredes erant ab hereditate se abstinebant: et idcirco plerique intestati moriebantur. [123])

Der Uebergang zum Kampfe der testamentarischen Erbschaft und des Legats wird hier so dargestellt, als liege es im Interesse des Testators das Testament aufrecht erhalten zu wissen, was aber die zu große Freiheit des Legirens verhindert, indem nun das Ausschlagen des Erben, dem Testamente, also selbst den Legaten gefährlich wird.[124]) In die Sprache des der Sache zu Grunde liegenden Gedankens übersetzt, heißt jedoch dies nichts anderes; weil durch die Erschöpfung des Vermögens in Legate, es endlich dahin kommen kann, daß diese Einzelnheit, das Substantielle, welches die Erben sind, gänzlich verdrängt, weil aber diese Einzelnheit wiederum nur in diesem Substantiellen ihre Wurzel haben kann, und ohne dasselbe gar nicht besteht, so folgt, daß die bis dahin bestehende Identität von beiden aufgehoben werden muß, d. h. daß sich Testamentserben und Legatare in ein feindliches Gegenüberstehen begeben müssen.

---

123) cf. pr. I. de leg. Fal. (II. 22.) Theoph. ad. h. l.

124) I. 11. atque ipsorum testatorum gratia provisum est.

Digitized by Google

Die Momente dieses Kampfes, oder auch der Beschränkungen der Legirfreiheit im Verhältniß zur Testamentserbschaft, sind nothwendig folgende drei.

I. Der Kampf wird auf der Seite des Vermögens begonnen, und zwar immer nur in Beziehung auf jeden einzelnen Legatar. Man ist noch nicht dazu gekommen das Princip des Legats selbst anzugreifen. Die Feindseligkeiten der testamentarischen Erben beschränken sich daher vorläufig darauf zu behaupten, einem Legatar könne nur eine gewisse beschränkte Summe vermacht werden. Es ist in diesem Momente, die weiteste Freiheit (latissima potestas) zu legiren, noch unangetastet indem dasselbe es nur mit einem bestimmten Legatar und mit einem bestimmten Quantum zu thun hat. Dieses Moment ist die Arbeit der *lex Furia*.

II. Indem aber in der Beschränkung die einen bestimmten Legatar trifft, die eigentliche Wurzel des Legats unangegriffen bleibt, da die Zahl der Legatare die Unbestimmtheit eines unendlichen Progresses darbietet, und die Beschränkung nur die Vertheilung des Vermögens trifft, so ist das Nächste, daß dieser unendliche Progreß gehemmt und bestimmt werde. Dies ist aber nur durch das Verhältniß möglich. Indem der Legatar in ein Verhältniß zum Erben gesetzt wird, ist der unendliche Progreß verschwunden. Es wird verordnet, ein Legatar solle nicht mehr haben dürfen als der geringste Erbe hat. Dadurch ist der Erbe wenigstens als zu etwas ausschließlich berechtigt anerkannt, was er im vorigen Momente noch nicht war. Der Legatar wird in diesem Momente von etwas außer dem Testator, von dem Erben abhängig. Dieses Moment ist die Arbeit der *lex Voconia*.

III. Beide vorangegangene Momente sind aber nur leere Demonstrationen des Erbschaftssystems gegen das

Digitized by Google

Legat. Das erste Moment ist nur gegen den einzelnen gegen diesen Legatar gerichtet, und läßt den Erben ganz unberücksichtigt, das zweite Moment, bringt zwar das Legat in ein Verhältniß zur Erbschaft, jedoch so, daß dem Erben nur gesichert ist, was auch der Legatar erhalten kann. Beide Momente sind daher nur rein negativ und abstract; sie enthalten keinen Sieg des Erbschaftsprincips gegen das Legat, sondern eine Beschränkung eines einzelnen Legatars, in Beziehung auf einen einzelnen Erben. Das dritte und letzte Moment, enthält die Vereinigung beider Momente, indem hier die positive Beziehung des Erben auf das Vermögen ausgesprochen ist, so daß nicht dieser und jener Legatar, sondern die Legatare überhaupt erst einen Anspruch haben, dafern die Erben vorweg befriedigt sind. Dieses Moment, welches die Arbeit der *lex Falcidia* ist, kann somit die Lehre vom testamentarischen Pflichttheil, gegen die Willkühr des Legatensystems genannt werden.

Aber indem die testamentarischen Erben gegen die Legatare mit einem Pflichttheil abgefunden sind, hat sich hier das Schauspiel wiederholt, welches wir als Resultat des Kampfes des Testaments und der Intestaterbfolge zu betrachten Gelegenheit hatten. Die Mitte die hier erreicht ist, ist die bloß quantitative Mitte. Die Versöhnung und der Frieden der lex Falcidia läßt beide Gegensätze daher beharren, und nur ruhig und ohne weiteren Kampf nebeneinander stehen. Das Resultat ist aber das alte, daß es die alles gleichmachende Willkühr ist, welche ihren Triumph in dem scheinbaren Erliegen eben am vollständigsten feiert.

Wir haben nun diese Begriffsmomente, äußerlich und historisch, auftreten zu lassen, wie die Erscheinung sie darstellt.

I. Die lex Furia verordnete, daß, gewisse Personen ausgenommen, (exceptis quibusdam personis) keinem Legatar gestattet seyn solle mehr als 1000 asses zu nehmen.

Digitized by Google

Gaji Comm. II. §. 225.

Itaque lata est lex Furia, qua exceptis personis quibusdam, ceteris plus mille assibus, legatorum nomine mortisve causa capere permissum non est.

Ulpiani Fragm. de leg. et mor. §. 2.

Qualis est lex Furia testamentaria, quae plus quam mille assium legatum, mortisve causa prohibet capere praeter exceptas personas. [125])

Die oben dargestellte Einseitigkeit der Verordnung, macht sich aber sehr bald bemerkbar.

Gaji Comm. II. l. l.

Sed haec lex non perfecit, quod voluit: qui enim verbi gratia, quinque millium aeris patrimonium habebat, poterat quinque hominibus singulis, milenos asses legando totum patrimonium erogare.

Es wird also versucht dem abzuhelfen, indem der Legatar in ein Verhältniß zum Erben gesetzt wird.

II. Der Inhalt des Theils der lex Voconia, der von den Legataren handelt, ist folgender: Es soll kein Legatar mehr erhalten dürfen als irgend ein Erbe erhält.

Gaji Comm. II. §. 226.

Ideo postea lata est lex Voconia qua cautum est, ne cui plus legatorum nomine, mortisve causa, capere liceret, quam heredes caperent, ex qua lege plane quidem aliquid utique heredes habere videbantur. [126])

125) Cf. Gaji Comm. IV. §. 23. 24. Theoph. II. 22. pr. Cicero pro Balbo c. 8.

126) Theoph. l. 1. Cicero in Verrem I. Cap. 43.

Digitized by Google

Aber die andre Einseitigkeit, daß die Erben dadurch nur in ein Verhältniß zu dem Legatar gesetzt wurden, und durchaus auf keinen bestimmten Theil der Erbschaft, Ansprüche hatten, wird sogleich sichtbar.

Gaji Comm. I. I.

Set tamen fere vitium simile nascebatur, nam in mutuas legatariorum personas distributo patrimonio, poterat adeo heredi minimum relinquere testator, ut non expediret heredi, hujus lucri gratia totius hereditatis onera sustinere.

III. Die lex Falcidia ist in so fern, das Ende und Ziel des ganzen Kampfes, als sie den Erben immer den vierten Theil des Vermögens gewährt, indem sie ihnen gestattet, von den Legaten so viel abzuziehen, bis ein Viertel der Erbschaft rein übrig bleibt.

Gaji Comm. II. 227.

Lata est itaque lex Falcidia, qua cautum est, ne plus legare liceat, quam dodrantem, itaque necesse est, ut heres quartam partem hereditatis habeat, et hoc nunc jure utimur.

Ulp. Fragm. XXIV. §. 32.

Lex Falcidia jubet, non plus quam dodrantem totius patrimonii legari, ut omni modo quadrans integer apud heredem remaneat.

Nachdem so durch die lex Falcidia der Krieg der testamentarischen Erbschaft gegen das Legat beendigt worden, und dasjenige was die zum Substantielleren gewordene Willkühr, gegen die Willkühr, in ihrer willkührlichen Form erlangen kann, zu einer bestimmten quantitativen Mitte gebracht ist, fällt, was sonst noch über die lex Falcidia zu sagen wäre, äußerlicher Festsetzung und Bestimmung, nicht einer Begriffsableitung anheim.

Digitized by Google

Der Abzug bis zum Belaufe eines reinen Viertels, zum Besten der testamentarischen Erben, hat seine Anwendung auf jeden Erben insbesondere, so daß nicht allein die Erbmasse im Ganzen nicht zu sehr beschwert seyn darf, sondern auch jeder Erbe ein Viertel dessen, worin er eingesetzt ist, übrig behalten muß. [127]) Aber es kann ein Erbe mehrere ursprünglich getrennte Theile in sich vereinigen; er kann z. B. auf verschiedene Portionen instituirt seyn, oder auch hinterher noch als Substituirter einen Theil erhalten; hier werden, weil es auf das Individuum des Erben, nicht auf die Portionen ankommt, die verschiedenen Theile für einen einzigen gerechnet, und danach der Abzug geschehen. [128]) Sind hingegen die verschiedenen Theile keine dem Erben aus dieser Erbschaft ursprüngliche Theile, wie z. B. wenn der Erbe auch zugleich der Erbe seines Miterben wird, u. s. w. so bleiben die verschiedene Portionen, in Beziehung auf die Berechnung der Falcidia getrennt. [129])

Aber es finden auch Ausnahmen statt, über welche die lex Falcidia von keiner Wirkung ist. Die erste ist natürlich das militairische Testament, denn da dieses die Willkühr auf ihrer höchsten Spitze ist, also eigentlich dieselbige Richtung als das Legat hat, so kann auf keine Weise hier die Forderung einer substantielleren Seite gegen diese Willkühr entstehen. [130]) Umgekehrt können aber diejenigen Legate keinem Abzug der Falcidia unterworfen seyn,

127) §. 1. I. II. 22. l. 77. D. h. t. (35. 2).

128) l. 1. §. 13. l. 11. §. 5. l. 14. §. 2. l. 87. §. 3. 4. D. h. t (35. 2.)

129) l. 1. §. 15. D. h. t. (35. 2.) l. 25. l. 11. §. 7. l. 78, l. 80. pr. l. 87. §. 4. D. h. t.

130) l. 17. 92. 96. D. h. t. (35. 2.) l. 7. C. 6. 50.

welche überhaupt, wenigstens ihrem Wesen nach, gar keine Erzeugnisse der Willkühr sind, als z. B. das legatum debiti [131]) oder das Legat, welches ein integrirender Theil des Pflichttheils ist, [132]) oder zur Bedingung der Erbeinsetzung gemacht worden. Die Falcidia findet eben so wenig bei dem Legat der Freiheit [133]) statt, auch kann sie aus Strafe, wegfallen [134]) wozu zum Theil gehört, wenn der Erbe absichtlich nicht cum inventario antrat [135]) u. s. w. Das neuere Recht, das schon den Abzug des Falcidischen Gesetzes bei einem Vermächtnisse zu frommen Stiftungen nicht gestattet, [136]) vernichtet die ganze Wirkung der Falcidia dadurch, daß der Testator den Abzug ausdrücklich ausschließen [137]) oder die Veräußerung einer vermachten Sache verbieten kann. [138]) Dadurch ist die Willkühr des Legats gegen die testamentarische Erbschaft in ihrer ganzen Vollständigkeit wieder hergestellt. [139])

Nachdem aber so die Legate, vor den Angriffen des testamentarischen Erbrechts sicher gestellt sind, hat sich diese Lehre in der ihr selbst immanenten Gliederung zu entwickeln. Der Gegensatz, welcher die Substanz der Römischen Geschichte ist, hat sich innerhalb dieser Lehre als einer Totalität wiederum aufzuthun, und seine Momente

---

131) l. 1. §. 10. D. h. t. 35. 1. l. 1. §. 12. D. de dote prael. (33. 4.) bis auf den Abzug vom interusurium.

132) l. 87. §. 3. de leg. II. (31.)

133) l. 33. 34. D. h. t. (35.)

134) l. 13. l. 24. pr. l. 68. §. 1. h. t. (35. 1.)

135) l. 22. §. 14. Cod. de jure delib. (6. 30.)

136) Nov. 131. C. 12.

137) Nov. 1. Cap. 2. §. 2.

138) Nov. 119. Cap. 11.

139) Ueber die Berechnung der Falcidia, S. Thibaut Pandecten §. 767.

Digitized by Google

einander gegenüberzustellen. Man kann also auch hier wiederum sagen, es giebt ein strenges und objectives Legat, gegenüber einem freieren und subjectiven. Da aber der Boden des Legats zunächst die nackte Willkühr ist, so kann das strenge und freie Princip mit seinen Unterschieden nur in der Beziehung der Willkühr auf ein außer ihm Seyendes liegen: ihre Verschiedenheit ist das, daß einerseits das Setzen der Willkühr ein einfaches Categorisches ist, anderseits, ein Vermitteltes, wozu erst fremde Mitwirkung gefordert und angestrengt wird. Aus dem höheren Standpunkt nun, wäre dieses letztere sogar das substantiellere Princip, das erste dagegen das leerere und subjectivere, aus dem Standpunkte der Willkühr, aber, welcher der des Legats ist, ist das Umgekehrte wahr, das einfache categorische Setzen ist die dem Legate angemessene also objective Gestalt, das vermittelte Legat dagegen die demselben unangemessene subjectivere Form.

Das strenge Legat, ist daher das einfache und categorische Setzen des Legatars in Beziehung zu einem bestimmten unwandelbaren Diesem. Der Legatar wird durch die Entscheidung des Testators in ein Verhältniß zu einer bestimmten Sache berufen; bloß die Beziehung des Testators zur Sache ist es, die hier wesentlich ist: eine Verbindung mit dem höheren substantielleren Verhältniß der Erbschaft, und eine Rücksicht darauf findet nicht statt. Es ist so, als wenn bloß der Legatar und die bestimmte Sache vorhanden wären. Dieses Legat, ist das *legatum per vindicationem* [140]) oder wie es wohl auch genannt wird, das *legatum do lego*, eine ungleich passendere Benennung, weil in ihr dieses letzte subjective Wollen der Willkühr

140) Gaji Comm. II. §. 193. Ulp. Fragm. XXIV. §. 3.

liegt, während die Bezeichnung per vindicationem, nur vom Hinterher der Wirkung entlehnt ist.

Fragmenta inedita juris Antejustinianei §. 83. p. 25.

Non solum autem si duobus *do lego ususfructus legetur.*

Ibidem §. 86. p. 62.

Et si quidem *do lego legatum.*

Ibidem §. 87. p. 27.

Proposuit autem Julianus *vel do lego legatum* usumfructum.

Es sind daher die Formen, die Gajus und Ulpian außerdem noch für dieses Vindicationslegat angeben, Sumito Capito, Sibi Habeto, [141]) weit weniger die Sache ausdrückende Formen, als die eben genannte do lego, weshalb auch das Legat vorzugsweise diesen Namen führt.

Das, was noch über die Natur des legatum do lego zu sagen ist, läßt sich ganz streng aus dem eben angegebenen Begriffe ableiten. Der in ein Verhältniß zu einem bestimmten Diesem berufene Legatar, wird sofort nach der Berufung Eigenthümer dieser bestimmten Sache, ex jure Quiritium, und sein Rechtsmittel gegen den, der sie in Händen hat, ist die Vindication. [142]) Nur darüber kann eine Streitfrage entstehen, ob die Berufung erst vollständig wird durch die Mitwissenschaft des Legatars, oder ob auch diese nicht einmal erfordert wird, um das Eigenthumsverhältniß des Legatars zur legirten Sache anfangen zu lassen. [143])

141) Gaji Comm. II. §. 193. Ulp. XXIV. §. 3.

142) Gaji Comm. II. 194. Theoph. II. 20. §. 2. l. 69. p. de leg. I. (30.)

143) Gaji Comm. II. 195. l. 81. §. 6. l. 86. §. 2. D. de leg. I. (30.) l. 64. de furtis (47. 2.) S. meine Scholien zum Gajus S. 332.

Digitized by Google

Weil aber die Natur des legatum do lego dies einfache Setzen des Legatars in Beziehung auf eine bestimmte Sache ist, so folgt weiter, daß der legirte Gegenstand nur ein solcher seyn kann, der im quiritarischen Eigenthum des Testators sich befindet, denn nur über diesen hat er selbst eine Schaltung, die ihn zu diesem letzten und entscheidenden Verfügen berechtigt. [144]) Bei den Sachen, quae pondere, numero mensura constant, braucht dieses quiritarische Eigenthum des Erblasser nur zur Todeszeit, bei allen übrigen muß es sowohl zur Todeszeit, als auch zur Zeit der Testamentserrichtung vorhanden gewesen seyn. [145]) Das Verhältniß, in das der Legatar zur Sache gesetzt ist, ist aber ein Ausschließliches; es kommt bei demselben eine Erinnerung an etwas außer diesem Verhältniß, z. B. hier an den Erben und an die Erbschaft nicht vor; sind daher mehrere Legatare zu einer Sache berufen, und fällt etwa ein Legatar fort, so ist nothwendig, daß die anderen in seine Stelle treten, und daß der vacant gewordene Theil ihnen accrescire, nicht der Erbschaft zurückfalle. Bei dem legatum do lego findet also Accrescenzrecht statt, es sey nun den verschiedenen Legataren conjunctim, oder disjunctim legirt worden.

Gaji Comm. II. 199.

Illud constat, si duobus pluribusve per vindicationem eadem res legata sit, sive conjunctim, sive disjunctim, si omnes veniant ad legatum, partes ad singulos pertinere, et deficientis portionem, *collegatario adcrescere*, conjunctim autem ita legetur. Titio et Sejo hominem Stichum do lego: disjunctim

144) Gaji Comm. II. §. 196. Ulp. XXIV. 7.

145) Gaji Comm. l. l. Ulp. l. l.

ita. Lucio Titio hominem Stichum do lego. Sejo eundem hominem do lego.

Ulpiani Fragm. XXIV. 12.

Si duobus eadem res per vindicationem legata sit, ... si vero conjunctim, velut Titio et Sejo hominem Stichum do, lego, jure civili concursu partes fiebant, *non concurrente altero, pars ejus, alteri adcrescebat*:

Fragmenta inedita juris Antejustinianei §. 83. p. 25.

Non solum autem si duobus do lego ususfructus, legetur *erit jus accrescendi*, verum si alteri ususfructus, alteri proprietas.

Ibidem §. 86. p. 26.

Et siquidem do lego legetur, tametsi quis filios legatarios acceperit, sine dubio locum habebit *propter jus accrescendi*.

Daß seit der lex Papia das, was dem Begriffe der Sache gemäß, den Collegataren accrescirt, caduc wird, [146]) ist hier nur als äußerliche Bestimmung, und als willkührlicher Eingriff aufzuführen; seine Rechtfertigung hat es an einer anderen Stelle.

Als dem Begriffe nach völlig identisch [147]) mit dem legatum do lego, ist das legatum per praeceptionem anzusehen, ein Vindicationslegat, dessen Eigenthümlichkeit nur darin besteht, daß lediglich den eingesetzten Erben auf diese Weise legirt werden kann. [148]) Aber selbst hierüber ist

146) Gaji Comm. II. §. 206. Ulp. XXIV. 12.

147) Ulp. XXIV. 11.

148) Gaji Comm. II. §. 218 — 220. Theophilus II. 20. §. 2.

die ganz abweichende durch eine Hadrian'sche Constitution bestätigte Meinung der Proculejaner zu bemerken, [149]) so daß ein Unterschied nur noch darin zu suchen ist, daß per praeceptionem auch eine Sache legirt werden kann, die der Testator fiduciae causa seinem Pfandgläubiger mancipirt hatte; diese wird gleichsam noch als die Sache des Testators angesehen, die die Erben einzulösen verbunden sind. [150])

Diesem strengen und categorischen legatum, do lego, steht nun das weitere und freiere gegenüber, welches das einfache Setzen der Willkühr, und das Berufen des Legatars zu einer bestimmten Sache aufgegeben hat, um, wenn die Willkühr einerseits in der Form des Auftraggebens geschwächt erscheint, derselbigen darin, daß sie über die Beschränktheit des Objects hinausgehen darf, einen weiten unendlichen Spielraum zu eröffnen. Wenn so das legatum do lego zwar in der einfachsten und natürlichsten Form der Willkühr bestand, in der categorischen Beziehung des Legatars zur Sache, so hatte sich die Willkühr eben in dieser Sache selbst ihre Beschränkung gesetzt. Dadurch daß die Willkühr aufhört, dieses Bestimmte und Letzte zu seyn, und an ein andres substantielles Verhältniß, hier das des Erben, erinnert, ist sie zugleich von ihrer Gefangenschaft in einen bestimmten Gegenstand gänzlich befreit, und hat zu ihrer Aeußerung alle Objecte überhaupt. Dieses ist der Begriff des legatum per damnationem.

Das legatum per damnationem als Gegensatz des legatum do lego, ist nicht das bestimmte Setzen des Legatars in Beziehung zu einer bestimmten Sache, sondern

149) Gaji Comm. II. §. 221.
150) Gaji Comm. II. §. 220.

Digitized by Google

der Auftrag an den Erben, dem Legatar einen bestimmten Gegenstand zu geben. Die Formel ist heres dare damnas esto, oder auch Dato Facito, heredem dare jubeo. [151]) Das Bewußtseyn von der Existenz des Erben, und von dem substantiellen Kreise der Erbschaft, wird daher hier mit dem Legate in Verbindung gebracht. Das Legat ist so ein vermitteltes geworden. Der Testator macht in dieser Form das Legat von dem Erben abhängig, indem er ihm befiehlt es zu geben. Nun ist zwar der Erbe verbunden diesem Befehle Genüge zu leisten, indessen ist er es, der nun hervortritt, und der Legatar hat es statt mit einer bestimmten Sache, mit dem Erben zu thun. Weil aber nun der Erbe in seiner ganzen Persönlichkeit der Sache substituirt ist, so folgt, daß das legatum per damnationem nicht auf die Sachen beschränkt seyn kann, die der Testator ex jure Quiritium hat, denn der Erbe ist es, der hier statt der Sache in Frage kommt. Dieser kann aber jede Sache, auch eine res aliena herbeischaffen. Die hier geltenden Sätze sind also gerechtfertigt, daß auch eine fremde Sache so wie eine zukünftige per damnationem legirt werden darf, [152]) daß wenn mehreren disjunctim eine Sache legirt ist, der eine die Sache, der andere den Werth erhält, wenn aber conjunctim, die Legatare die Sache theilen; ferner wird, wenn etwa ein Legatar wegfällt, die Sache nicht den Collegataren accresciren, sondern der Erbmasse verbleiben, denn die Legatare haben ja nicht eine unmittelbare Beziehung zur Sache, sondern eine solche nur zum Erben. Fällt daher ein Legatar weg, so hört die Verbindlichkeit des Erben, ihm etwas zu geben, auf.

151) Gaji Comm. II. §. 201. Ulp. XXIV. §. 4.

152) Gaji Comm. II. §. 203. 204. Ulp. XXIV. §. 8.

Digitized by Google

Gaji Comm. II. §. 205.

Et in conjunctis deficientis portio non ad collegatarium pertinet, sed in hereditate remanet.

Ulp. Fragm. XXIV. §. 13.

Et non capientis pars jure civili in hereditate remanebat.

Fragmenta inedita juris Antejustinianei §. 85. p. 26.

Si tamen per damnationem ususfructus legetur, jus adcrescendi cessat non immerito, quoniam damnatio partes facit.

Die lex Papia läßt auch hier die Regeln der Caducität in Anwendung kommen. [153])

Wir haben bis jetzt die beiden gegenüberstehenden Formen des strengen und freien Legats dargestellt. Das Wesen des Römischen Geistes, verlangt nun wie immer, daß sie sich gegeneinander bewegen, und daß eine Identität beider Gegensätze zum Vorschein komme. Eine äußerliche Einheit der beiden eben entwickelten Legate ist aber schon von vorn herein in einer dritten Form vorhanden, in dem legatum sinendi modo.

Die Formel ist folgende: heres meus damnas esto sinere Lucium Titium hominem Stichum sumere sibique habere [154])

In diesem Legate sind nun beide Seiten, die des legatum do lego, und die des Damnationslegats zu gleicher Zeit vorhanden, denn einerseits ist die unmittelbare Bezie-

153) Gaji Comm. II. §. 206.

154) Gaji Comm. II. §. 209. Ulp. XXIV. §. 5. Theoph. II. 20. §. 2.

hung des Legatars zur Sache da, indem der Erbe nur zu erlauben braucht daß der Legatar die Sache sich zueigne, anderseits ist aber das Moment des Damnationslegats darin, daß nämlich eben der Erbe seine Vermittelung hergeben muß, indem er gestatten soll, daß dieses geschehe. Es tritt also des einen Moments wegen die Bestimmung des Vindicationslegats auch hier ein, daß nur Sachen des Testators, die er zur Todeszeit hatte, in dieser Form legirt werden dürfen, außerdem aber noch die eigenen Sachen des Erben, denn da dieser gestatten soll, daß der Legatar die Sache nehme, so kann dieses eben sowohl bei seinen eigenen, als bei den Sachen des Testators statt finden. [155]) Bei einer res aliena würde der Erbe nicht bloß die Pflicht des passiven Gestattens haben müssen, sondern auch die thätige Fürsorge, die fremde Sache zum Behuf des Legats zu erwerben: ein res aliena kann also sinendi modo nicht legirt werden. Diese Consequenz ist es daher, welche die Meinung derjenigen empfiehlt, die den Erben nicht für verpflichtet halten sinendi modo, die legirte Sache zu mancipiren oder zu tradiren, sondern die da glauben daß er nur zu dulden habe, daß der Legatar sie sich nehme. [156]) Von Wichtigkeit wird diese Consequenz namentlich bei Entscheidung der Frage, ob, wenn disjunctim verschiedenen sinendi modo, eine Sache legirt worden, der Erbe nur die Sache, dem zuerst occupirenden Legatar preiszugeben habe, oder ob er nach Weise des Damnationslegats jedem für das Ganze verpflichtet sey. [157]) Erst später, nachdem das Damnations-

155) Gaji Comm. II. §. 210. Ulp. XXIV. §. 10.

156) Gaji Comm. II. §. 214. S. meine Scholien zum Gajus S. 336.

157) Gaji Comm. II. §. 215.

legat die Grundlage aller Legate wurde, konnte die letzte Meinung allgemein werden.[158])

Die Identität nämlich, welche das legatum sinendi modo in Beziehung auf den Gegensatz des legatum do lego und des Damnationslegats darbietet, ist selbst eine vollkommen Aeußerliche, indem dieses dritte Legat, selbst nur neben den beiden anderen stehet und jedes derselben für sich gewähren läßt. Es ist nur eine dritte Form, die die Momente der beiden anderen enthält, aber so wie diese Momente in ihr selbst nebeneinander sind, eben so bleiben die anderen Formen beharrlich in ihrem Gegensatze stehen. Eine nähere Vereinigung dieser Gegensätze ist daher das S. C. Neronianum, welches jedes Legat gelten läßt, wenn es nur der Form nach, als legatum per damnationem bestehen könnte. Kann also ein Vindicationslegat, oder Präceptionslegat nicht gelten, weil eine res aliena vermacht ist, oder ein legatum sinendi modo, weil die legirte Sache weder dem Testator, noch dem Erben gehört, so werden diese Legate dennoch, als wären sie Damnationslegate, aufrecht erhalten, [159]) oder wie sich die Römer ausdrücken, atque si optimo jure relictum esset: so heißt nämlich das Damnationslegat, als das Weitere und minder Formelle. Es ist im Grunde durch diesen Proceß, und diese Weiterbewegung der Sache, das Damnationslegat an die Stelle aller andren Legate getreten, jedoch nur in so fern, als die übrigen Formen nicht in ihrer eigenen Gestalt aufrecht erhalten werden können. Sind diese Formen nicht fehlerhaft, ist z. B. gegen die Gültigkeit des Vindicationslegats nichts einzuwenden, so gilt es als dieses Legat, ohne die

158) l. 14. D. de usu et ususfr. (33, 2.) S. meine Scholien zum Gajus S. 336.

159) Gaji Comm. II. §. 197. §. 212. §. 222. Ulp. XXIV. §. 11.

Digitized by Google

Natur des Damnationslegats anzunehmen. Das Damnationslegat tritt daher nur dann ein, wenn die übrigen Legate eigentlich gar nicht vorhanden sind.

Das S. C. Neronianum enthält daher noch keine Einheit der entgegengesetzten Legatenformen; es läßt nur in jedem Falle, wo die andren Legate nicht aufrecht erhalten werden können, ein Damnationslegat eintreten. Die letzte Verschmelzung dieser Legate wird durch kaiserliche Constitutionen, [160]) namentlich durch eine Verordnung Justinians bewirkt, [161]) welche alle verschiedenen Formen zu einer einzigen umschmelzt, aus der nun die Vindicationsklage, wie die persönliche des Damnationslegats, nebenbei noch eine hypothekarische Klage entspringt.

Nachdem nun die Lehre von den Legaten, dem Grundgesetz der Römischen Geschichte gehorchend, dahin gekommen ist, die ursprünglich sich innerhalb derselben bildenden Gegensätze zu der flachen Identität des einen Legats zu vereinigen, hat sich die Dogmatik dieses Legats, nunmehr ihren Momenten nach zu entwickeln.

Eine Dogmatik der Legatenlehre, indem sie nicht minder, wie die Lehre von der testamentarischen Erbschaft, von dem leeren Willen ausgeht, hat in so fern dieselbige Momente, wie das willkührliche Erbsystem aufzuweisen. Es wird eben so der Legirende, die Form, in der das Legat auftritt, so wie der Inhalt desselben, zu betrachten seyn. Der Unterschied in der Erfüllung dieser Momente in den beiden Lehren, ist darin zu suchen, daß die eine es mit einer Totalität, mit Substantiellem, die andere aber mit dem einfachen und leeren Setzen der Willkühr zu thun hat.

160) l. 21. C. de leg. (6. 37)

161) l. 1. C. Com. de leg. (6. 43.)

Digitized by Google

Die Betrachtung des ersten Moments des Legats, nämlich die Untersuchung wer legiren könne, fällt ganz mit dem schon oben Erledigten zusammen; denn da die Verschiedenheit des Legats und der Testamentserbschaft, nur in dem besteht, was sie als Hervorgebrachtes sind, der Act des Hervorbringens, bei beiden aber derselbige leere Wille ist, so bietet die Seite des Wollenden auch bei beiden dieselbige Entwickelung dar. Die nämlichen Hindernisse sind es, welche dem Legirenden wie dem Testirenden überhaupt (S. 151. u. fg.) entgegentreten, [162]) und das Resultat ist das, wer testiren kann, kann auch legiren. Eben so kann das Legat nicht von fremdem Willen abhängig gemacht werden (S. 158 — 160), es setzt einen freien Willen voraus (S. 161 u. fg), obgleich das Eintreten der Entscheidung auch an ein Anderes, an Bedingungen geknüpft werden kann. (S. 163 — 164.)

Das zweite Moment ist aber, daß der subjective Wille sich geltend macht, und anerkannt seyn will. Dazu hat er ein Allgemeines nöthig, welches seine Form ist. Es handelt sich also hier um die Form der Legate. Das Legat, als der Ausdruck des Willens in Beziehung auf einen einzelnen und bestimmten Gegenstand, setzt das Ganze voraus, zu dem dieser Gegenstand gehört; die Aeußerung, wodurch das Legat ertheilt wird, ist also ein Theil der umfassenderen Aeußerung, die die Erbschaft vertheilt. Das Testament ist die Form des Legats, wie der Erbinstitution: aber als Legat, als dieses einfache categorische Setzen hat es auch eine bestimmte Gestalt für sich. Wenn, weil es nur durch das Ganze des Erbrechts seine Substanz erhält, das Legat im älteren Rechte ungültig ist, welches vor der

162) l. 2. D. de leg. l. 30.

Erbeinsetzung im Testamente gegeben war, [163]) oder nach dem Tode des Erben hinterlassen wurde, [164]) so gelten andrerseits auch zuweilen die Legate, wenn die übrigen Bestimmungen des Testaments nicht aufrecht erhalten werden können; jedoch ist dieses nur durch ein Hinterherwegfallen möglich; ohne ursprüngliches Testament ist auch kein Legat möglich. Wenn daher auch Legate späterhin in Codicillen gegeben werden können, so findet dies, doch nur in sofern statt, als die Codicille im Testament bestätigt sind. [165]) Eine andre Weise der Codicille, die nicht auf den Zusammenhang des Testaments verwiese, würde auch nicht der Ort für die Ernennung des Legatars seyn können. Zur besonderen Form der Legate gehört noch die regula Catoniana, quod si testamenti facti tempore decessit testator, inutile foret, id legatum, quandocunque foret, non valere.

Das dritte Moment endlich, was zu betrachten ist, ist der Inhalt des Legats. Das erste Glied dieses Inhalts ist der mögliche Gegenstand desselben. Hier ist es, wo die Entwickelung der Sache, eine völlig verschiedene Richtung von der andren nimmt, die bei der testamentarischen Erbschaft statt findet. Dort, (S. 173) ist von dem Vermögen (as) die Rede, und alles, was zu sagen ist, besteht darin, wie die Theile dieses as zu betrachten seyen. Woraus das Vermögen bestehe, ist völlig gleichgültig, und kann, weil bloß von dieser Allgemeinheit des Vermögens die Rede ist, nicht in Frage kommen. Denn ein Vermögen ist

163) Gaji Comm. II. §. 229. Ulp. XXIV. §. 15. Pauli rec. sent. III. 6. §. 2. Justinian ändert dieses. §. 34. I. de leg. II. 20.

164) Gaji Comm. III. §. 232. Ulp. XXIV. §. 16. Pauli Sent. rec. III. 6. §. 5. 6. S. meine Scholien zum Gajus S. 341.

165) Gaji Comm. II. §. 270. l. 1. §. 1. de conf. tut. (26. 3.) l. 43. de manum. testam. (40 4.)

die Einheit und die Concretion von mannigfaltig Verschiedenem, ein Einzelnes aber, da es kein Vermögen ist, kann nicht genannt werden, wo bloß vom Vermögen gesprochen wird. Das Legat aber ist, wie wir gesehen haben, die Beziehung des Honorirten auf ein bestimmtes Dieses, über das er nicht hinaus geht. Bei einem Diesem kommt natürlich die Natur des Dieses, des Gegenstandes, nothwendig, in Frage. So hängt es daher mit dem Begriffe des Legats zusammen, daß die Untersuchung entsteht, welches die Gegenstände des Legats seyen.

Aber wenn auch diese Frage im Verlaufe dieser Entwickelung entsteht, so fällt die nothwendige Gliederung der Gegenstände überhaupt, nicht innerhalb einer Lehre des Erbrechts, sie ist vielmehr äußerlich aufzunehmen, und nach einer beliebigen Ordnung zu erzählen. Denn wenn die Natur des Legats, auch häufig durch die Natur des Gegenstandes verändert wird, so ist diese Veränderung eine vorgefundene und in anderen Verhältnissen begründete, keine durch das Legat selbst erzeugte.

Man kann zunächst diese Gegenstände in solche abtheilen, die eigentliche Sachen sind, und deren Eigenthum daher vermacht wird, und in andre Vermögensrechte obligatorischer Natur, wo denn das Recht des Legirenden auf den Legatar übergeht. In dieser Rubrik stellen die Römer mancherlei Betrachtungen über die Natur der verschiedenen Dinge an, die legirt werden können, Dinge die daher nur eine Beschreibung des Römischen Haushalts angehen. Dahin gehören die Pandektentitel de tritico vino et oleo legato, de instructo vel instrumento legato, de peculio legato, de penu legata, de suppellectile legata, de auro, argento mundo, ornamentis, unguentis vestimentis et statuis legatis. [166])

166) Tit. D. 33. 6. — 34. 2.

Da jedes Legat, die Natur des alten Damnationslegats und das legatum sinendi modo in sich hat, so können auch fremde Sachen, oder die des Erben vermacht werden, vorausgesetzt, der Legirende wußte, daß sie nicht in seinem Eigenthum seyen, denn sonst könnte ein Zweifel entstehen, ob der Testator sie habe vermachen wollen. [167]) Der Gegenstand braucht übrigens nicht bloß ein bestimmtes Dieses (legatum speciei) zu seyn, sondern es kann als in der Allgemeinheit seiner Gattung gehalten, ausgedrückt werden (legatum generis.) [168])

Aber der Gegenstand des Legats ist nicht bloß eine ins Eigenthum des Legatars sofort übergehende Sache, sondern er kann auch ein Recht seyn, sey dieses nun eine jus in re, oder obligatorischer Natur. Dahin gehört, das Vermächtniß einer Servitut, [169]) eines Pfandrechts [170]) das Legat einer dem Testator zustehenden Activforderung (legatum nominis), [171]) oder auch die Erlassung einer Forderung, die der Erblasser hätte. (legatum liberationis.) [172]) Ferner, das Vermächtniß dessen, was der Erblasser dem Legatar schuldig ist, in so weit dem Legatar aus der veränderten Form ein Nutzen hervorgehen kann,

(legatum

167) §. 4. §. 6. I. de leg. (II. 20.) l. 14. §. ult. de leg. 3. (32.) l. 10. C. 6. 37. S. Thibaut Pandecten. §. 750 — 752.

168) §. 22. I. de leg. (II. 20.) l. 3. de trit. vino oleo (33. 6.)

169) §. 1. I. de usufr. II. 4. Tit. D. de usu. (33. 2.) de servitute leg. (33. 3.) Wichtig hierüber sind jetzt die neu aufgefundenen Fragmenta inedita §. 41. — 93.

170) l. 26. D. de pign. act. (13. 7.)

171) §. 21. I. h. t. (II. 20.) l. 75. §. 1. 2. D. de leg. I. (30.) l. 59. D. de leg. III. (32.)

172) §. 13. I. h. t. (II. 20.) Tit. D. de liberatione leg. (34. 3.)

Digitized by Google

(legatum debiti) [173]) unter welche Categorie auch das praelegatum dotis gehört. [174])

Es mögen aber nun Sachen oder Rechte seyn, die den Gegenstand des Legats ausmachen, so ist der allgemeine Character der, daß dieser Gegenstand ein Einzelnes ist. Das Legat verhält sich zur Erbschaft wie ein Einzelnes zum Ganzen. Als Einzelnes ist es aber auch wiederum Theil dieses Ganzen, nur daß dieser Theil nicht ideell gesetzt ist (pars quota) sondern ein beziehungsloser, bloß auf sich beschränkter Theil ist (pars quanta.) In diesem letzteren Theile stellt sich das Ganze nicht in seinen Momenten dar, sondern dieser Theil ist vom Ganzen verlassen. Nun aber kann die Reflexion auch einen ideellen, und vom Ganzen besessenen Theil, als einen bloß abstracten, und vom Ganzen verlassenen Theil festhalten; dieser Proceß, macht alsdann das Ideelle zu einem bloß Einzelnen. Der Verstand nämlich, dem Alles bloß als ein Dieses oder Jenes ist, kommt dazu zu behaupten, der vierte Theil der Erbschaft z. B. sey nicht minder ein Dieses, als dieser Sklave, oder dieses Haus. Diese Behauptung ist der Begriff des legatum partitionis, des Legats, worin Jemanden ein ideeller Theil der Erbschaft als ein Dieses vermacht wird.

Ulpiani Fragm. XXIV. 25.

Sicut singulae res legari possunt, ita universarum quoque summa legari potest, ut puta hoc modo, heres meus cum Titio hereditatem meam partito, dividito, quo casu dimidia pars bonorum legata

173) §. 14. I. (II. 20.)

174) Tit. D. de dote praeleg. (33. 4.)

videtur. Potest autem et alia pars, velut tertia, vel quarta, legari, quae species partitio appellatur.

Gaji Comm. II. §. 254.

Ille autem, qui ex fideicommisso reliquam partem hereditatis recipit, legatarii partiarii loco est, id est, ejus legatarii, cui pars bonorum legatur: quae species legati partitio vocatur, quia cum herede legatarius partitur hereditatem. [175])

Aber diese Unangemessenheit des Verstandes, ein Ideelles und Ganzes, als ein bloßes Dieses zu fassen, rächt sich unmittelbar an dem Verlaufe der Sache selbst. Der auf eine Quote eingesetzte Erbe ist der Repräsentant des Erblassers für diese Quote; es heißt nicht von ihm, er habe das Activvermögen als ein für sich Seyendes zu erhalten, und nur die Schulden des Erblassers als ein darauf Lastendes abzutragen, sondern er für seine Person ist auch der Schuldner: er ist durchweg derselbige, das ganze Ich, das der Erblasser war; der legatarius partiarius dagegen ist nicht dieses Ich; er erhält zwar eine Quote, aber diese Quote ist nicht mehr eine Quote des Erblassers und seines Ichs, sondern eine Quote des Vermögens; eine Quote, die zu lauter Einzelnen und Diesen abgezählt worden; die Schulden des Erblassers gehen daher eigentlich auf den legatarius partiarius nicht über; er muß sich zum Schuldenabbezahlen durch eine eigene Stipulation, stipulationes partis et pro parte [176]) anheischig machen,

175) Ulp. XXV. 15. §. 5. I. de fideic. hered. (II. 23.) l. 23. l. 26. §. 2. l. 27. l. 104. §. ult. de leg. I. (30.) l. 8. § ult. l. 9. de leg. II. (31.) l. 39. pr. de vulg. subst. (28. 6.) l. 22. §. ult. ad. S. C. Treb. (36 1.)

176) S. d. angef. Stellen.

Digitized by Google

so daß, was im Erben schon durch seine einfache Natur vereinigt erscheint, beim Legatar ein Doppeltes ist, das in ihm nur eine zufällige Vereinigung hat. Eben daraus folgt, daß dem legatarius partiarius von seinem Theile nicht die Kosten des Leichenbegängnisses und der Werth der manumittirten Sklaven, wie beim Erben abgezogen werden. [177])

Die andere Seite des Inhalts des Legats, die nun zu betrachten ist, ist die, daß für den Gegenstand die Person gefunden werde, die zu demselben in die Beziehung des Inhabers gesetzt wird, oder die Ernennung des Legatars. Da die gegenüberstehende Welt der bürgerlichen Gesellschaft und des Staates, in den Hindernissen, die sie dem völlig willkührlichen Setzen der Person entgegengestellt, zwischen dem Erben und Legatar keinen Unterschied machen kann, indem es völlig gleichgültig ist, wozu die Person gerufen wird, wenn es nur überhaupt möglich ist sie zu bedenken, so kann das schon oben über die Person des testamentarischen Erben, (S. 175. u. fg.) Gesagte, auch für den Legatar gelten. Nur in so weit der Erbe selbst ein Hinderniß darbietet, Legatar zu werden, ist hier besonders davon zu sprechen. Wir sind aber so zu der Lehre von den Prälegaten gekommen. Das Grundprinzip der Lehre ist, die Person des Erben als die Persönlichkeit des Erblassers lebendig darstellend, kann nicht zugleich in den Zwiespalt mit sich selbst gesetzt werden, auch zu einem bloß Einzelnen innerhalb seiner selbst in besonderer Beziehung zu stehen, oder mit anderen Worten, einem Erben kann nicht von sich selbst legirt werden (heredi a semetipso legatum dari non potest. [178]) Wie auch der Erblasser

177) l. 8. §. 2. de leg. II. (31.)
178) I. 116. §. 1. D. de leg. I. (30.)

nicht zu einem Einzelnen seines Vermögens in dieser Beziehung stehen würde, so kann dies auch der Erbe nicht, oder auch anders gesagt: Jemand kann sich selbst nichts schuldig seyn. Hieraus gehen folgende Sätze hervor. Der Universalerbe behält das ihm etwa auch hinterlassene Legat, wie alles Andre in seiner Erbschaft. Der Miterbe, dem allein legirt worden, erhält die Quote des Legats, die seine Miterben, an der Erbschaft haben. [179]) Ist mehreren Erben legirt worden, so erhält jeder den Theil des Andren von der Erbschaft, am Legat; [180]) ist endlich einem Universalerben im Legate ein Collegatar gegeben, der nicht Erbe ist, so fällt das ganze Legat auf den Letzteren. Auf jeden Fall aber, besitzt der Erbe, was er auch vom Legate vorweg erhält, dennoch als Erbportion. [181]) Zu der Lehre von den Prälegaten, gehört noch die Streitfrage der Proculejaner und Sabinianer, ob man demjenigen der in der Gewalt des Erben sey, ein gültiges Legat vermachen könne. [182]) Die Proculejaner verneinen es unbedingt, die Sabinianer lassen es zu, wenn unter der Bedingung vermacht worden, daß zur Zeit, quo dies legati cedit, der Legatar nicht mehr in der Gewalt sey. [183]) Auch über die Gültigkeit im umgekehrten Fall, wenn dem Gewalthaber des Erben ein Legat vermacht worden, dissentiren Gajus und Ulpian. [184])

---

179) l. 18. §. 3. ad S. C. Treb. (36. 1.)

180) l. 34. §. 12. D. de leg. I. 30.

181) l. 17. §. 2. de leg. I. (30.) l. 18. §. 2. de his. quae indig. (34. 9.)

182) Gaji Comm. II. §. 244. Ulp. XXIV. §. 23. §. 32. I. h. t. (II. 20.)

183) S. meine Scholien zum Gajus. S. 344.

184) Gaji Comm. II. §. 245. Ulp. XXIV. §. 24.

Digitized by Google

Aber nicht bloß die Person des Honorirten kann der willkührlichen Anordnung eine Schranke darbieten, sondern auch die des Beschwerten; hierher gehört die Regel des älteren Rechts, daß vom Legatar nicht weiter legirt werden kann, (a legatario legari non potest. [185]) Der Legatar, als in die bestimmte Beziehung zu einer Sache gesetzt, ist durch die Verfügung mit dieser Sache identisch geworden. Es ist nur dies einfache Setzen vorhanden, daß er die Sache haben solle. Würde der Legatar auch als Schuldner von dieser Sache gesetzt, so würde er ein Vielfaches, ein Ganzes von mehreren Verhältnissen seyn, welches aber seinem Begriffe, daß er nur ein Einfaches, Abstractes ist, zuwider läuft. Der eben ausgesprochene Satz, ist also tief in der Lehre der Legate begründet. Auch die im älteren Rechte verbotenen poenae nomine legata, [186] von denen schon oben (S. 164) gesprochen worden, haben hier ihre Stelle.

Das Resultat der Willkühr aber, mag sie nun eine Totalität wie das Verhältniß des Erben ist, erschaffen, oder auch nur ein Individuum in Beziehung zu einem einzelnen Gegenstand setzen, ist am Ende das, daß sie das Leere, Beschränkte und ewig über sich selbst hinausgehende Ohnmächtige ist. Denn, indem die Willkühr etwas setzt, muß sie unmittelbar darauf inne werden, daß das Gesetzte nur die Bedeutung dieser Willkühr selbst hat. Zugleich ist aber das Gesetzte selbst eine Schranke für die Willkühr, und weil die Willkühr der stetige Proceß ist, die Schranken zu durchbrechen, damit aber immer innerhalb der Schranke bleibt, so muß auch die testirende Willkühr sich stets gegen

185) Ulp. XXIV. §. 20. Gaji Comm. II. §. 260. 271.

186) Gaji Comm. II. §. 235. Ulp. XXIV. §. 17. §. 36. I. de leg. (II. 20.)

Digitized by Google

ihre eigenen Bestimmungen setzen und den unvertilglichen Kitzel haben, sie wieder zu zerstören, zu gleicher Zeit aber inne werden, daß sie nie zu einer Befriedigung kommt, und sich immer in derselbigen Leerheit des unendlichen Progresses bewegt. Diese Nichtbefriedigung, welche die Willkühr empfindet, dadurch daß sie etwas ausgesprochen und festgesetzt hat, kommt ihr auch von außen, durch die Macht der gegenüberstehenden Kreise, die nicht erlauben daß sie sie durchbreche, und sich auch innerhalb ihrer bewege. Der Trieb aber nach Befriedigung, den die Willkühr hat, und der, wie er nie erfüllt wird, zunächst sich nur über die beiden vermeintlichen Schranken des eigenen Setzens und der gegenüberstehenden Welt zu beklagen hat, muß endlich zum Ziele dieser Befriedigung zu gelangen glauben, wenn er das, was bloß bis jetzt ein einfaches Bestimmen und Setzen ist, aus dem setzenden Individuum heraus, an einen andren knüpft, und so die Macht, und den Umfang des andren Willens in den Kreis des eigenen Willens zieht; dadurch sollen zum Theil die Schranken besiegt werden, die die gegenüberstehenden Kreise gegen das testirende Individuum bilden, zum Theil aber soll die Schranke, die die eigenen Bestimmungen aufweisen, eben so niedergerissen werden, indem dem einfachen Setzen der Willkühr selbst sogleich ein Anderes gegenübergestellt wird, das dieses Setzen im selbigen Augenblicke aufhebt. Wir sind aber so zur Lehre von den Fideicommissen gekommen.

Der Begriff des Fideicommisses ist im Stande, dasjenige näher zu erläutern, was wir hier als Ergebniß im Verlaufe der sich fortbewegenden Willkühr erhalten haben. In dem Fideicommisse liegt das, daß der Testirende einerseits, dasjenige was er nicht in erbrechtlicher Hinsicht durchzusetzen vermöchte, an einen anderen Willen knüpft, dessen Verfügung alsdann nicht mehr eine erbrechtliche

Digitized by Google

Verfügung ist, oder daß er andrerseits die Beschränkung, die die testirende Willkühr erleidet, indem sie etwas setzt, dadurch aufzuheben sucht, daß dieses Setzen, durch ein Anderes umgestaltet erscheint, da doch wiederum dieses Umgestalten selbst eine Hervorbringung der Willkühr ist. Das Verbindende zwischen der Willkühr und diesem anderen Willen ist dann zunächst das Zutrauen zu diesem Individuum, es werde wollen, was ihn die Willkühr zu wollen ersucht, die fides, ein substantielleres Band, wo dann darauf Verzicht geleistet wird, daß einfach und categorisch gesetzt ist, sondern, wo zu diesem Wollen noch die Vernünftigkeit, Treue und Liebe eines Anderen um Hülfe angesprochen wird.

Es hat sich aber so in dieser Entwickelung ein neuer Gegensatz erzeugt, der Gegensatz der durch die Treue und Liebe eines Dritten vermittelten Willkühr, und der andren categorischen und unmittelbaren des einfachen Setzens; diesen Unterschied drücken die Römer so aus, daß sie sagen, das eine geschehe precative, das andre civilibus verbis [187]) und die üblichen Formeln sind, peto, rogo, volo, fideicommitto. [188]) Der Gegensatz des Bittweisen und Categorischen der somit entsteht, ist aber ein solcher, der das Legat, und das testamentarische Erbrecht, in sofern, als ein Einziges und Zusammengehöriges, dem Fideicommisse entgegenstellt, das nun in ein Verhältniß des Verschiedenen, zu beiden, dem Erbrecht und dem Legate tritt. [189])

---

187) Ulp. XXV. 1. Fideicommissum est, quod non civilibus verbis sed precative relinquitur, nec ex vigore juris civilis proficiscitur, sed ex voluntate datur relinquentis.

188) Gaji Comm. II. §. 249. Ulp. XXV. 2. Pauli rec. sent. IV. 1. 5. 6. §. 2. I. h. t. (II. 23.)

189) Gaji Comm. II. §. 251. §. 3. I. h. t. (II. 23.)

Digitized by Google

Wo aber ein neuer Gegensatz in der Römischen Geschichte und im Römischen Recht auftritt, wiederholt sich derselbige schon oft dargestellte Proceß, daß sich die Gegensätze, bis sie äußerlich identisch werden, gegen einander bewegen, und in einen Kampf mit einander treten. Die Darstellung dieses Kampfes, macht dann den Gegenstand ihrer Geschichte aus.

Zuvörderst beruht das Fideicommiß also auf der fides, die der Testator gegen den Erben oder Legatar hat, er werde, das, warum er gebeten worden, erfüllen wollen, wo denn dieses Erfüllen, weil es zunächst kein erbrechtliches mehr ist, sondern der freien Willkühr des Erfüllenden anheimgestellt bleibt, den erbschaftlichen Beschränkungen nicht unterworfen ist. So konnte z. B. ein Fideicommiß nach dem Tode des Erben hinterlassen werden. [190]) Den Legatar, von dem nicht legirt werden durfte, konnte man mit Fideicommissen beschweren, [191]) einem fremden Sklaven, konnte durch Fideicommiß die Freiheit gegeben werden. [192]) Was einer Frau, die lex Voconia als Erbschaft zu erhalten verwehrte, war ihr vergönnt durch Fideicommiß zu empfangen; [193]) ein Latinus Junianus konnte Fideicommissar [194]) seyn. Der Gewalthaber eines Honorirten, konnte mit Fideicommissen beschwert werden. [195]) In der älteren Kaiserzeit waren sogar peregrini, caelibes und orbi von Fideicommissen nicht ausgeschlossen, so wie incertae personae und alieni postumi; [196]) aber Ves-

190) Gaji Comm. II. §. 277. Ulp. XXV. §. 8.
191) Gaji Comm. II. §. 271.
192) Gaji Comm. II. §. 272.
193) Gaji Comm. II. §. 274.
194) Gaji Comm. II. §. 275. Ulp. XXV. §. 7.
195) Ulp. XXV. §. 10.
196) Gaji Comm. II. §. 285. — 288.

Digitized by Google

pasian und Hadrian, machen bald fideicommissarische Verfügungen hierin den übrigen testamentarischen gleich. [197])

Die Fideicommisse, als auf der bloßen fides zu dem Honorirten, also auf einer bloß moralischen Grundlage beruhend, bilden im Anfang nur noch einen schwachen Gegensatz zu der Festigkeit und der Bestimmtheit der übrigen testamentarischen Anordnungen. Es steht noch in der Willkühr des Honorirten und hängt von seiner zufälligen Pietät ab, ob er solche Verfügungen gelten lassen und erfüllen wolle. Das Fideicommiß, ist in so fern nur etwas Factisches, im Gegensatz zur Kraft der gegenüberstehenden gesetzlichen Institutionen, etwa wie im Anfange die querela inofficiosi testamenti nur ein Factisches, im Gegensatz der unangetasteten testamentarischen Institution war. Die Römer beklagen sich daher wohl bitterlich, wenn der Fiducias nicht Pietät genug besitzt, die erbetenen Anordnungen zu erfüllen, [198]) und Cicero ist der Meinung, daß Epicurus selbst nicht unterlassen würde, es zu thun; [199]) aber dennoch kann es in diesem Anfange nur beim Beklagen bleiben, und weil die ganze Institution als Pietät gesetzt ist, so muß die Ohnmacht der Pietät gegen die Festigkeit des Gesetzes hier bald sichtbar werden.

Aber weil dieses eben die gewaltige Täuschung der Willkühr ist, die sie glauben läßt, im Fideicommisse, indem sie es an eine andre Willkühr knüpft, eine Befriedigung zu finden, da nun diese andre Willkühr ihr nothwendig entgegentreten, und sie zu sich selbst zurückführen muß, so ist das Resultat endlich das, daß der Fiduciar gezwungen

197) Gaji Comm. I. l.

198) Valerius Maximus IV. 2. 7.

199) de finibus bon. et mal. II. 18.

Digitized by Google

werden soll, die Anordnung der Pietät zu erfüllen, daß sie somit aufhören soll, eine Anordnung der Treue und des Vertrauens zu seyn, und in die Categorie der übrigen Verfügungen tritt. Indem das Fideicommiß ein vom Fiduciar Erzwingbares wird, ist zu gleicher Zeit der wichtige Satz damit ausgesprochen, daß die Willkühr in keiner andren substantielleren Form sich gefallen kann, als die des einfachen und categorischen Setzens selbst.

Augustus nämlich führt zuerst die auf bloßer Pietät, beruhenden Fideicommisse dahin, daß sie ein durch die Consule Erzwingbares werden. Im Anfang geschieht es nur in ein Paar Fällen, wo die Schlechtheit des Erben zu auffallend ist (semel iterumque gratia personarum motus, vel quia per ipsius salutem rogatus quis diceretur, aut ob insignem quorundam perfidiam,[200]) aber weil, nachdem solche factische Hülfe in einzelnen Fällen geschehen war, das Allgemeine sein Recht wollte, und sich geltend machte, so wurde dieses bloß Factische zu einem Allgemeinen und Gesetzlichen erhoben: (quod quia justum videbatur et populare erat, paulatim conversum est in assiduam jurisdictionem.[201]) In dem Augenblicke, wo aber die Fideicommisse auf diese Weise aufgehört haben, eine Hervorbringung der Pietät zu seyn, um erzwingbar zu werden, haben sie ihren eigenthümlichen Begriff verloren, und sind von den Legaten, was das Inwendige betrifft, nicht mehr zu unterscheiden. Der Gang, der sie am Ende dahin führt zu verschmelzen, ist daher ein nothwendiger und aus der Sache hervorgehender.

Die Verschiedenheiten nämlich, die jetzt, zwischen der Erbschaft und dem Legate einerseits, und den Fideicommissen

200) §. 1. I. h. t. (II. 23.)

201) §. 1. I. l. l. pr. I. de Codic. (II. 24.)

anderseits übrig bleiben, nachdem der Hauptunterschied, daß jene auf einem einfachen categorischen Setzen, diese aber auf der Vermittelung der Liebe beruhen, geschwunden ist, sind rein äußerliche und positive Verschiedenheiten, und das Ganze des Gegensatzes wird dazu herabgesetzt, daß jene eine schwerere, diese aber eine leichtere Weise der Verfügung ausmachen. Es ist nämlich für den Begriff ganz gleichgültig, daß Legate in Lateinischer, Fideicommisse aber in Griechischer Sprache geschrieben seyn durften, [202]) so wie auch, daß zum Theil die Wirkungen bei beiden verschieden waren.

Bei den Legaten fand z. B. eine petitio per formulam statt, bei den Fideicommissen dagegen eine extraordinaria cognitio vor dem Consul und Prätor zu Rom, so wie in den Provinzen vor dem Präses: [203]) über Fideicommisse konnte auch außer den ordentlichen Gerichtstagen Recht gesprochen werden, [204]) eben so wurden fructus und usurae morae bezahlt; [205]) ein indebitum konnte zurückgefordert werden, [206]) eine Klage jedoch auf das duplum im Läugnungsfall, wie beim Legat, fand nicht statt. [207]) Alle diese Unterschiede nun von ihrem oben dargestellten Principe gelöst, sind lediglich äußerliche Unterschiede, die ihre Bedeutung durchweg verloren haben, und das zu dem Character einer gemeinen Beschwerung herabgebrachte Fideicommiß, hat nun im Gegensatz zur Erbschaft und zum

202) Gaji Comm. II. §. 281. Ulp. XXV. §. 9.
203) Gaji Comm. II. §. 278. Ulp. XXV. §. 12.
204) Gaji Comm. II. §. 279.
205) Gaji Comm. II. §. 280.
206) Gaji Comm. II. §. 283. Ulp. XXIV. §. 33.
207) Gaji Comm. II. §. 282. IV. §. 9. §. 7. l. d. o. q. q. c. c. (III. 28.)

Digitized by Google

Legat, denselbigen Kampf zu bestehen, der oben als der des Legats und der Erbschaft geschildert worden.

Aber da das Fideicommiß eben diese negative Richtung, gegen ein Zwiefaches, gegen die Erbschaft, und gegen das Legat zu bestehen hat, so hat es eben so einen doppelten Character. In so fern es die Erbschaft in ihrer Ganzheit beschwert, ist es ein Universalfideicommiß (fideicommissaria hereditas,) in so fern die Beschwerung aber nur auf ein Einzelnes und Dieses geht, sey das Beschwerte die Erbschaft oder das Legat, so ist es ein Singularfideicommiß. Der Kampf des Singularfideicommisses gegen die Erbschaft und das Legat, ist durchweg kein anderer, wie der des Legats gegen die Erbschaft. Statt der lex Falcidia, ist es hier das S. C. Pegasianum, welches dem Fiduciar den Abzug des Viertels gestattet, [208]) und so die Sache auf die quantitative Mitte zurückbringt. Justinian endlich vollendet die Identität des Singularfideicommisses und Legats, indem er den leeren Unterschied ganz aufhebt. [209])

Die Richtung des Universalfideicommisses aber gegen die Erbschaft, enthält das, daß nicht bloß die quantitative Mitte, in Frage kommt, was nämlich der zur Restitution der Erbschaft gezwungene Erbe für sich behalten darf, sondern daß das Verhältniß berücksichtigt werden muß, in welches der Erbe einerseits, so wie der Fideicommissar anderseits zu einander tritt. Diese andre Frage ist nothwendig bedingt, durch das, was so eben die quantitative Mitte genannt worden ist: es muß sich nämlich nothwendig das Verhältniß anders gestalten, wo diese quantitative Mitte

208) Gaji Comm. II. §. 254.

209) l. 2. C. Comm. de leg. et. fid. (6. 43.) §. 3. I. de leg. (II. 20.)

Digitized by Google

eingetreten ist, als, wo sie noch nicht ist, oder wo man sich drüber hinaus befindet.

Die Momente, welche den Verlauf dieser Richtung des Universalfideicommisses gegen die Erbschaft enthalten, sind folgende drei.

I. Nachdem die Fideicommisse zu einem Erzwingbaren geworden sind, aber ehe noch eine quantitative Mitte erreicht ist, ist das Verhältniß des Erben zum Fideicommissar nothwendig das eines Berechtigten, der aber sein Recht einem anderen Unberechtigten überläßt. Dies findet auch beim Verkauf der Erbschaft statt, und in so fern das Fideicommmiß ursprünglich eben so in die Willkühr des Erben, wie der Verkauf gestellt ist, muß nothwendig die Form des Verhältnisses zwischen Erben und Fideicommissar sich so gestalten, daß der Erbe das Fideicommiß wie den Verkauf einer hereditas überhaupt behandelt. Die beim Erbschaftskaufe üblichen Stipulationen, fanden auch hier statt, und der Erbe war zur Durchgangsperson herabgesetzt, die, was sie erhält, ausliefert, um dagegen gegen alle Erbansprüche geschützt zu seyn. [210])

Gaji Comm. II. §. 252.

Tunc enim in usu erat, ei, cui restituebatur hereditas, nummo uno eam hereditatem dicis causa venire, et quae stipulationes inter venditorem hereditatis et emptorem interponi solent, eaedem interponebantur inter heredem et eum, cui restituebatur hereditas, id est, hoc modo; heres quidem stipulabatur ab eo, cui restituebatur hereditas, ut quidquid hereditario nomine condemnatus fuisset, sive quid alias

210) Theoph. II. 23. §. 3.

bona fide dedisset, eo nomine indemnis esset, et omnino, si quis cum eo hereditario nomine ageret, ut recte defenderetur, ille vero qui recipiebat hereditatem invicem stipulabatur ut si quid ex hereditate ad heredem pervenisset id sibi restitueretur; ut etiam pateretur, eum hereditarias actiones procuratorio aut cognitorio nomine exequi.

II. Aber es kann nicht übersehen werden, daß nachdem die Fideicommisse ihren ursprünglichen Character verloren haben, und aufhören von der Willkühr des Erben abhängig zu seyn, das Verhältniß des Erben zu dem Fideicommissar nichts mehr mit dem Erbschaftsverkaufe gemein hat, und zwar um so weniger, als häufig nicht die ganze Erbschaft restituirt wird, sondern der Erbe neben dem Fideicommissar in der Erbschaft bleibt. Da nun der Fideicommissar eben so ein Ganzes, wie der Erbe vertritt, so ist das nächste, daß er auf ähnliche Weise wie der Erbe in Beziehung auf das Vermögen betrachtet wird, d. h., daß er actiones utiles erhält, so wie, daß actiones utiles gegen ihn gestattet werden. Dieses wird durch das Senatusconsultum Trebellianum bewirkt.

Gaji Comm. II. §. 253.

Sed posterioribus temporibus, Trebellio Maximo et Annaeo Seneca Consulibus, senatusconsultum factum est, quo cautum est, ut si cui hereditas ex fideicommissi causa restituta sit, actiones, quae jure civili, heredi et in heredem competerent, ei et in eum darentur, cui ex fideicommisso restituta est hereditas, post quod senatusconsultum desierunt illae cautiones in usu haberi. Praetor enim utiles actiones, ei et in eum, qui recipit hereditatem, quasi

Digitized by Google

heredi, et in heredem dare coepit, eaeque in edicto proponuntur. [211])

III. Dieses Nebeneinanderstehen des Erben und Fideicommissars, wonach dem Letzteren fast directe Rechte eingeräumt werden, hat nun aber zur Folge, daß der Vorzug des Erben vor dem Fideicommissar, als des Directen, vor dem bloß Secundairen sich geltend machen, und zum Vorschein kommen will. Dies vollbringt sich nun, indem das Falcidische Gesetz in Form des Senatusconsultum Pegasianum auch auf die Fideicommisse seine Anwendung findet. Der Erbe darf ein reines Viertel seiner Erbportion zurückbehalten, und erst auf den übrigen Theil haben die Fideicommissare einen Anspruch. Hierdurch ist die durch das S. C. Trebellianum hervorgebrachte Gleichheit, durch das S. C. Pegasianum zum Vortheil des Erben wieder zerstört.

Gaji Comm. II. §. 254.

Sed rursus, quia heredes scripti, cum aut totam hereditatem, aut paene totam plerumque restituere rogabantur, adire hereditatem, ob nullum, aut minimum lucrum recusabant, atque ob id extinguebantur fideicommissa, Pegaso et Pusione Consulibus senatus censuit, ut ei, qui rogatus esset hereditatem restituere, perinde liceret quartam partem retinere *atque e lege Falcidia in legatis retinere conceditur.*

Diesen drei Momenten entsprechen drei mögliche Zustände, in deren jedem, eines dieser Momente zum Vorschein kommt, denn die drei eben aufgestellten Momente sind nicht etwa einander aufhebend, sie haben vielmehr die

211) Ulp. XXV. §. 14. §. 4. I. h. t. (II. 23.)

Natur neben einander bestehen zu können. Diese Zustände aber sind folgende.

I. Ist der Erbe über ein Viertel seiner Erbportion beschwert, so kann er von dem S. C. Pegasianum Gebrauch machen. Aber hat er einmal von diesem Rechte Gebrauch gemacht, das heißt, hat er gegen den Fideicommissar diese feindliche Richtung genommen, so kann ein Nebeneinanderbestehen beider in der Erbschaft, wie es das S. C. Trebellianum durch die actiones utiles will, nicht mehr gedacht werden. Das S. C. Trebellianum ist also hier außer Kraft, und es bleibt weiter nichts übrig als daß der Fideicommissar von dem Erben wie ein legatarius partiarius behandelt wird. (S. 209)

Gaji Comm. II. §. 254.

Per quod senatusconsultum ipse (heres) onera hereditaria sustinet, ille autem, qui ex fideicommisso reliquam partem hereditatis recipit, legatarii partiarii loco est, cui pars bonorum legatur, quae species legati partitio vocatur, quia cum herede legatarius partitur hereditatem.[212])

II. Ist der Erbe aber nicht so beschwert, daß es nöthig wird, von dem durch das S. C. Pegasianum gestatteten Abzug Gebrauch zu machen, so ist das friedliche Verhältniß zwischen beiden, dem Erben und Fideicommissar nicht als gestört zu betrachten, und das S. C. Trebellianum kann wieder in Kraft treten.

Gaji Comm. II. §. 255.

Ergo, siquidem non plus, quam dodrantem hereditatis scriptus heres rogatus sit restituere tum ex

212) Ulp. XXV. §. 14. 15.

ex Trebelliano senatusconsulto restituitur hereditas, et in utrumque actiones hereditariae pro rata parte dantur.

III. Aber es ist noch ein Drittes denkbar. Die Erbportion des Erben ist überschwert, aber er macht dennoch von seinem Rechte, ein Viertel rein für sich zu behalten, keinen Gebrauch. Diese freiwillige Entsagung auf ein Recht, das eigentlich gegen den überschwerenden Erblasser gerichtet ist, enthält die aus der Fideicommissenlehre verdrängte Pietät in ihrer völligen Integrität wieder: es ist somit der alte ursprüngliche Zustand wieder zurückgekehrt, und die Freiwilligkeit dieser Entsagung, läßt das Ganze des Verhältnisses wiederum wie früher, dem Erbschaftsverkaufe vergleichen; in diesem Falle ist es also gerechtfertigt, daß vom S. C. Trebellianum nicht mehr die Rede ist, sondern daß die Restitution, wie im Anfange, als eine emtio hereditatis betrachtet werde.

Gaji Comm. II. §. 257.

Si vero totam hereditatem restituerit, ad exemplum emptae et venditae hereditatis stipulationes interponendae sunt.

Geschieht indessen dieser Nichtabzug der Quarta, nicht in dem Sinne des Restituirens der Erbschaft, sondern in dem andren, dieselbige selbst nicht anzutreten, und dadurch den Fideicommissar um seine Ansprüche zu bringen, so ist nicht sowohl Pietät, als vielmehr die ganz entgegengesetzte Neigung vorhanden, die Anordnungen des Erblassers zu vernichten. Hier verordnet nun das S. C. Pegasianum, daß der Prätor den Erben zum Antreten und zum Restituiren der ganzen Erbschaft zwinge, in welchem Falle dann für den Fideicommissar das S. C. Trebellianum und die actiones utiles in Kraft treten.

Gaji Comm. II. §. 258.

Set si recuset scriptus heres adire hereditatem, ob id quod dicat; eam sibi suspectam esse quasi damnosam, cavetur Pegasiano senatusconsulto, ut desiderante eo, cui restituere rogatus est, jussu Praetoris adeat et restituat, perindeque eis et in eum, qui receperit, actiones dentur, ac juris est ex senatusconsulto Trebelliano. [213])

Diese drei verschiedenen neben einander bestehenden Zustände, gehen nothwendig aus den drei oben angegebenen Momenten des Kampfes der testamentarischen Erbfolge und des Universalfideicommisses hervor. Aber der Gang, den die Römische Geschichte überhaupt nimmt, die Gegensätze und Verschiedenheiten in eine äußerliche Einheit zu verschmelzen, muß auch hier wiederum seine Bewährung finden. An einem andren Orte [214]) habe ich mit unverzeihlicher Oberflächlichkeit das eben in seinen drei Momenten als nothwendig dargestellte Recht ein buntscheckiges genannt, weil mir die Einsicht in seinen Zusammenhang abging. Eben so wenig wie dieses Recht eine begriffslose Buntscheckigkeit darbietet, eben so wenig ist Justinians endliche Verschmelzung der drei Momente zu einer äußerlichen Einheit, ein Andres, Willkührlicheres, als das, was das Ende der Römischen Geschichte überhaupt zeigt. Das endliche Resultat aller dieser Nüancirungen ist, daß der Erbe restituiren muß, die Quarte abziehen kann, aber daß in jedem Falle, dem Fideicommissar, wie dem Erben die Erbschaftsklagen zustehen, so wie es das S. C. Trebellianum verordnete. Die feinen begriffsmäßigen Unterscheidungen also, ob der Erbe überschwert sey oder nicht,

213) Ulp. XXV. 16. §. 6. I. h. t. (II. 23.)

214) S. meine Scholien zum Gajus. S. 350.

ob er abziehen wolle oder nicht, sind in dieser äußerlichen Einheit verschwunden. Daher ist es sogar consequent, daß Justinian auch die verschiedenen Namen der Senatusconsulte nicht mehr existiren lassen will, und alles mit dem Namen des Trebellianischen Senatusconsults belegt. Die davon handelnde Institutionenstelle ist auch deshalb merkwürdig, weil in ihr die ganze Natur der Justinianischen Vereinigung überhaupt zu erkennen ist.

§. 7. I. h. t. (II. 23.)

Sed quia stipulationes ex Senatusconsulto Pegasiano descendentes et ipsi antiquitati displicuerunt, et quibusdam casibus captiosas eas homo excelsi ingenii Papinianus appellat, *et nobis in legibus magis simplicitas, quam difficultas placet*: ideo omnibus nobis suggestis tam similitudinibus, quam differentiis utriusque Senatusconsulti, placuit exploso Senatusconsulto Pegasiano, quod postea supervenit, *omnem auctoritatem Trebelliano Senatusconsulto praestare*, ut ex eo fideicommissariae hereditates restituantur: sive habeat heres ex voluntate testatoris quartam, sive plus, sive minus, sive penitus nihil, ut tunc, quando vel nihil, vel minus quarta apud eum remanet, liceat ei vel quartam, vel quod deest, ex nostra auctoritate retinere, vel repetere solutum, quasi ex Trebelliano Senatusconsulto, pro rata portione, actionibus tam in heredem, quam in fideicommissarium competentibus. Si vero totam hereditatem sponte restituerit, omnes hereditariae actiones fideicommissario et adversus eum competunt. Sed etiam id, quod praecipuum Senatusconsulti fuerat, ut quando recusabat heres scriptus sibi datam hereditatem adire, necessitas ei imponeretur totam here-

Digitized by Google

ditatem volenti fideicommissario restituere, et omnes ad eum et contra eum transire actiones, et hoc transponimus ad Senatusconsultum Trebellianum, ut ex hoc solo et necessitas heredi imponatur, si ipso nolente adire, fideicommissarius desiderat restitui sibi hereditatem, nullo nec damno, nec commodo, apud heredem remanente.

Die Dogmatik des Universalfideicommisses enthält bis auf die weiteren Verhältnisse zwischen dem Erben und dem Fideicommissar, die an einen anderen Ort hingehören, nichts worin sich der Begriff der Sache weiter entwickeln ließe. [215]) Zu bemerken bleibt nur noch Folgendes, was theils den Inhalt, theils die Form der Fideicommisse angeht.

Das Fideicommiß, in so fern es einen Erben voraussetzt, der die selbst erhaltene Erbschaft, gleichsam als Durchgangsperson an einen anderen zu überliefern hat, ist eine Art von Substitution, weshalb auch häufig von fideicommissarischer Substitution gesprochen wird, [216]) nur mit dem Unterschiede, daß die Substitution stets voraussetzt, daß der Substituirte den Vorangehenden ausschließt, was bei dem Fideicommisse nicht der Fall ist. Aber der eigentliche Gedanke der Substitution, dieser unendliche Progreß der Willkühr, kann auch beim Fideicommiß statt finden, indem gedacht werden kann, daß einer immer dem Anderen zu restituiren hat, und so ins Unendliche. Diesem Progresse tritt nun eine Novelle Justinians entgegen, [217]) welche festsetzt, daß derselbige nur bis zum vierten Grade gestattet

215) S. darüber Thibaut System §. 769. u. fg.
216) S. Thibaut a. a. O. §. 696.
217) Nov. 159. Cap. 2. 3.

werden solle. [218]) Dieser Sinn der Novelle ist jedoch häufig bestritten worden.

Das Fideicommiß, welches übrigens auch stillschweigend errichtet werden kann, [219]) hat selbst noch in seiner vollkommenen Abartung zu einer willkührlichen Verfügung, etwas von jener substantielleren Weise übrig, der es seinen Ursprung verdankt. Dahin gehört z. B. die Bestimmung, daß wenn jemand seinen zur Zeit kinderlosen Descendenten einsetzt, und ihn mit einem Fideicommisse beschwert, der nachfolgende Umstand, daß er Kinder bekommt, das Fideicommiß aufhebt, weil, wie sich Papinianus ausdrückt, Fideicommissi conditionem conjectura pietatis, respondi defecisse. [220]) Eben so wenig ist den Römern der Begriff eines Fideicommisses vollkommen fremd, welches eine einzige Sache als fortgehendes Familieneigenthum von einem Gliede zum andern gehen läßt. Die Veräußerung ist alsdann unmöglich, und der nächste Intestaterbe hat immer ein Recht auf die Sache. [221])

Die Form aber, welche die eigenthümliche der Fideicommisse genannt werden kann, [222]) und deren schon oben bei den Legaten (S. 206) Erwähnung geschehen, ist die Codicillarform. Da die Fideicommisse ursprünglich auf der bloßen fides beruhten, (et quia prima fideicommissorum cunabula a fide heredum pendent, et tam nomen quam substantiam acceperunt, [223]) so mußte die Form

---

218) S. Dalwigk Versuch einer phil. jur. Darstellung des Erbrechts III. S. 14.

219) Thibaut a. a. O. §. 769.

220) l. 102. D. de cond. (35. 1.) l. 30. C. de fideic. (6. 42.)

221) l. 69. §. 3. de leg. II. (31.) S. v. Dalwigk a. a. O.

222) pr. I. de Cod. (II. 25.)

223) §. 12. I. h. t. (II. 23.)

lediglich die Aeußerung dieses Vertrauens seyn, also ein Formloses überhaupt. Es wird daher ursprünglich nichts Anderes erfordert, als daß der Testator darum gebeten hat. Nachdem aber die Codicille anfingen auch Verfügungen des strengeren Rechts zu enthalten, wie z. B. Legate (S. 206), und in dieser Beziehung eine Hinweisung auf das Testament enthalten mußten, [224]) (testamento confirmati,) und nachdem ebenfalls die Fideicommisse theils den Legaten, theils der Erbschaft überhaupt näher traten, werden die Codicille eben so zu einer untergeordneten Form letztwilliger Verfügungen, von denen nun im Wesentlichen folgendes auszusagen ist. Sie können alle Verfügungen die auch im Testamente vorkommen enthalten, nur nicht die eigentliche Wurzel des Ganzen, das directe Erbrecht. Können sie aber kein Erbrecht enthalten, so kann auch nicht die Negation des Erbrechts, die Ademtion in ihnen zu finden seyn. [225]) Umfassen sie auf diese Weise nicht das Ganze, so können auch mehrere Codicille neben einander bestehen, [226]) und nur die spätere materielle Verfügung hebt die frühere auf. Nach Constantin haben sie die bestimmte Form von fünf Zeugen, die rogirt seyn müssen, und das schriftliche Codicill zu unterschreiben haben. [227]) Aber wie in dem Inhalt der Fideicommisse, selbst in der Abartung, noch die frühere Natur derselben zum Vorschein kommt, so hat auch die Form, selbst in der letzten Zeit,

224) §. I. h. t. (II. 25.) l. 2. §. 2. l. 3. §. 2. l. 8. pr. l. 14. pr. l. 16. D. h. t. (29. 7.)

225) §. 2. I. h. t. (II. 25.) l. 2. §. 4. l. 10. D. h. t. (29. 7.) l. 7. C. h. t. (6. 36.)

226) §. 3. I. h. t. (II. 25.) l. 6. §. 1. D. h. t. 29. 1. l. 3. C. h. t. (6. 36.)

227) l. 8. §. 3. C. h. t. (6. 36.)

Digitized by Google

eine Erinnerung daran aufzuweisen. Hierher gehört das fideicommissum heredi praesenti injunctum. Hat der Erblasser seinem Erben ein Fideicommiß aufgelegt, ohne daß z. B. Zeugen dabei waren und der Erbe läugnet es, so darf der Fideicommissär deshalb dem Erben einen Eid deferiren, nachdem er selber zuvor de calumnia geschworen. [228]) Die Form des Fideicommisses ist also wieder auf die bloße Aeußerung und den Wunsch des Erblassers zurückgebracht.

Das Codicill, welches in so fern in dem Verhältniß zum Testament steht, daß es nicht wie dieses das Ganze des Erbrechts, sondern nur einzelne Theile umfaßt, könnte häufig als solches gelten, während es, wenn es ein Testament vorstellte, nicht ausreichen dürfte. Es ist denkbar, daß ein Testament, das als Testament nicht bestehen kann, als Codicill Geltung erlangte. Aber damit es diese erlange, muß auch die selbstständige Absicht dabei seyn, es zugleich als Codicill errichtet zu haben. Dieses ist die Bedeutung der s. g. Codicillarclaufel, oder der Erklärung des Testators, daß er, falls sein Testament als solches nicht bestehen könne, dasselbe als Codicill aufrecht erhalten wissen wolle. [229])

Die donatio mortis causa, von der hier noch beiläufig zu sprechen ist, gehört ihrer eigentlichen Natur nach, gar nicht in die Lehre vom Erbrecht, sondern in die von den Schenkungen, da der Tod nur die Bedingung der Schenkung, und nicht das wesentliche Moment ist, eben so die mortis causae capio. In so fern sie aber ins Erbrecht fiele, würde sie dem Begriffe nach, vom Legate nicht verschieden seyn, und das neuere Recht, welches sie

228) §. ult. I. de f. h. (II. 23.) l. 32. C. de fideic. (II, 42.)
229) S. Thibaut Pandecten §. 784 — 786.

Digitized by Google

so betrachtet, hat insofern die Sache in ihrer vollkommenen Wahrheit erfaßt.

Die testirende Willkühr, nachdem sie nun in ihrer Dialectik dahin gekommen ist, die hervorgebrachten Gegensätze zu einer äußerlichen Einheit zu bringen, muß endlich zu dem Bewußtseyn ihrer vollständigen Leerheit gelangen, und zu der Einsicht, daß es ihr nicht möglich ist, irgend ein Substantielles zu erzeugen, das nicht unmittelbar schon in sich selbst zerstört wäre. Die Institution, und ihre Wesenhaftigkeit wird durch den unendlichen Progreß der Substitution aufgehoben, der Gegensatz der testamentarischen Erbschaft und des Legats, geht in die quantitative Mitte der lex Falcidia über, und selbst der andre Gegensatz, der auf Treue und Pietät beruhenden bittweisen Bestimmung und des categorischen Setzens, findet am Ende eine vollständige Ausgleichung und ein Aufgehen in dieselbe lere und bedeutungslose Einheit. Die Einheit zu der nun die Gegensätze gekommen sind, ist aber durchaus keine vollere, sondern vielmehr dieselbige Willkühr, von der früher ausgegangen wurde, nur daß sie am Ausgangspunkt in Form des Gegensatzes eine Kräftigkeit hatte, der sie in Form des Einerleis am Ende ihrer Laufbahn entbehren muß. Alles was die Willkühr erlangt hat, der ganze Gewinn ihrer langweiligen Dauer ist die Ueberzeugung, daß sie ein leeres hohles Nichts sey, dem niemals die Kraft innewohnt aus sich herauszukommen, sondern das, wie weit es auch geschritten sein mag, immer zu der Armuth seines Anfangs zurückkehrt.

In Beziehung auf die bestimmte Willkühr, mit der wir es hier zu thun haben, in Beziehung auf die testirende, heißt dieses Resultat also: Das Testament als das Erzeugniß der Willkühr, ist eben so gut nicht; d. h. daß es ist und nicht ist hat durchweg dieselbe Bedeutung. Indem

die Willkühr etwas setzt, ist es eben so gut nicht gesetzt, oder es wohnt ihr die Kraft bei, beständig zu revociren. Dieses, zu widerrufen, ist also das Ultimatum, zu dem es die Willkühr gebracht hat, ihr eigentliches Resultat, das Eingeständniß, daß ihre Existenz eine leere und hohle ist.

Wenn daher ein früher gültiges Testament, durch mannigfache von außen herkommende Gründe hinterher ruptum, irritum, destitutum werden kann, etwa durch noch zur Todeszeit fortdauernde capitis deminutio [230]) durch Ausschlagen oder Wegfallen des Erben [231]) durch eine agnatio sui heredis, [232]) durch die Rescission der Inofficiositätsklage, so ist der eigentliche Begriff des Testaments dennoch der, durch die Willkühr, die es gesetzt hat, selbst zerstört zu werden, oder das, womit das System der testamentarischen Willkühr endigt, mit seiner Revocation.

Aber diese Revocation ist nothwendig eine dreifache, oder die drei Momente, in welche die Revocation zerfällt, enthalten selbst das ganze Leben, und die ganze Entwickelung des willkührlichen Systems. Es sind folgende.

I. Nachdem die Willkühr ein Testament, als den Ausdruck ihrer selbst gesetzt hat, ist das Nächste, daß sie mit diesem Setzen unzufrieden ist, und sich dagegen erklärt. Zuvörderst ist diese Unzufriedenheit noch ein Abstractes, eine bloße Möglichkeit das Testament zu vernichten. Sie

230) Gaji Comm. II. §. 145. Ulp. XXIII. §. 4. §. 4. I. quib. mod. (II. 17.) l. 6. §. 5. D. de inj. (28. 3.)

231) l. 181. D. de reg. juris. (50. 17.) l. 1. D. l. 3. pr. de his quae pro non scrip. (34. 8.)

232) Gaji Comm. II. 138 — 143. Ulp. XXIII. §. 2. 3. §. 1. I. quib. mod. (II. 17.) l. 3. §. 3. D. h. t. (28. 3.)

ist bis zur Wirklichkeit, bis zur Vernichtung des Testaments noch nicht durchgedrungen. Ein solcher bloßer Widerruf, ist in der Regel gegen die Macht des bestehenden Testaments ohne Kraft, denn diese aufhebende Erklärung hat sich in keinem bestimmten Acte manifestirt. Erst, wenn 10 Jahre verflossen sind, und der Widerruf vor drei Zeugen, oder vor Gericht erklärt ist, hat das früher errichtete Testament zu gelten aufgehört. [233])

II. Aber die bloße Erklärung der Unzufriedenheit, oder der bis dahin noch abstracte Widerruf, erlangt seine völlige Wirklichkeit und bedarf nicht erst eines bestimmten Zeitraums, noch einer bestimmten Form, sobald das Instrument, worin der letzte Wille enthalten war, zurückgenommen und auf irgend eine Weise vernichtet worden ist. Es kann diese Weise eine materielle Zerstörung, [234]) oder auch eine einfache Zurücknahme seyn, wo z. B. die Deposition das Hauptmoment des gültigen Willens war. Durch diese Vernichtung des Ausdrucks der Willkühr ist somit der Widerruf auf eine vollständige Weise dargestellt.

III. Aber der Widerruf braucht nicht bloß bei dieser Negation des Testaments stehen zu bleiben, sondern die Negation kann auch in der weitern Form auftreten, daß ein zweites oder anderes Testament gemacht wird. Weil ein Testament aber immer das Ganze der Erbschaft umfaßt, so folgt, daß das zweite Testament, ganz abgesehen von seinem Inhalt, immer das erste aufhebt, und

---

233) l. 6. C. Theod. (4. 4.) l, 27. C. 6. 23. §. 7. I. (II. 17.)

234) l. 1. 2. D. de his, quae in test. (28. 4.) l. ult. de inst. rupto (28. 3.)

Digitized by Google

so ins Unendliche weiter. [235]) Das ältere Testament kann etwa nur noch so weit in Berücksichtigung kommen, als es als Codicill aufrecht erhalten wird, [236]) oder als, im Falle der Ungültigkeit des späteren Testaments, eine bonorum possessio secundum tabulas aus demselben ertheilt werden kann. [237])

Wenn dieses aber die eben angegebenen drei Momente des Widerrufs des testamentarischen Erbrechts sind, so kann eben so ein Widerruf jenes kleineren Kreises der Willkühr gedacht werden, welchen wir unter dem Namen des Legats, oder des einzelnen Vermächtnisses kennen gelernt haben. Hier aber besteht diese Revocation nur aus zwei Momenten, da das erste und zweite Moment, das so eben betrachtet worden ist, in der Lehre von den Legaten durchweg zusammen fallen. Die Erklärung daß das Legat, gegen den Willen des Testirenden sey, ist gleichbedeutend mit der Vernichtung des Legats, oder die Lehre vom Widerruf zerfällt hier in die von der ademtio und translatio.

I. Eine Ademtion des Legats kann auf doppelte Weise geäußert werden; da nämlich das Legat der Ausdruck des Willens, in einer einzelnen Sache ist, so kann die Veränderung dieses Willens sowohl so ausgedrückt werden, daß dieser Wille als geändert ausgesprochen wird, oder auch indem diese Umgestaltung sich in der Sache manifestirt. Die einfache Erklärung, die nur der äußeren

---

235) §. 2. I. quib. mod. (II. 17.)

236) §. 3. I. eodem (II. 17.) l. 12. §. 1. de injusto rupto (28. 3.)

237) l. 11. §. 2. D. h. t. (37. 11.)

Digitized by Google

Beweiskraft nicht ermangeln darf,[238]) und die in manchen Fällen z. B. dem der Feindschaft des Testators und Legatars sogar vermuthet wird,[239]) ist hinreichend das ertheilte Vermächtniß wieder aufzuheben. Aber auch durch Umgestaltung der Sache kann dieses bewirkt werden, d. h. sie ist selbst eine Vermuthung für die Veränderung des Willens. Dahin gehört eine Veräußerung der legirten Sache, selbst wenn sie ungültig seyn sollte.[240]) Nur der Erweis, daß durch diese Veräußerung der Testator das Legat nicht habe aufheben wollen, sondern daß andere Umstände, wie z. B. Noth, zu der Veräußerung gezwungen haben, sind im Stande das Vermächtniß aufrecht zu erhalten.[241])

II. Aber ein Vermächtniß wird ferner aufgehoben, indem ein neues Vermächtniß an dessen Stelle errichtet wird. (translatio) Bei der Veränderung des Legats kommen aber nicht bloß zwei Weisen wie bei der Ademtion zum Vorschein, sondern vielmehr vier. Es kann nämlich entweder die Person des Legatars, oder die des Onerirten, oder die Sache verändert seyn, oder es kann auch statt des pure gegebenen Legats eine Bedingung hinzugefügt werden.

l. 6. D. h. t. (34. 4.) (Paulus.)

Translatio legati fit quatuor modis, aut enim a persona in personam transfertur, aut ab eo, qui

238) l. 3. §. 11. D. h. t. (34. 4.) §. 1. I. (II. 21.) l. 27. C. de fid. (6. 42.)

239) l. 4. l. 13. l. 22. l. 29. D. h. t. (34. 4.)

240) l. 24. D. h. t. (34. 4.)

241) §. 12. I. de leg. II. 20. l. 18. D. h. t. (34. 4.)

Digitized by Google

dare jussus est, transfertur, ut alius det, aut cum res pro re datur, ut pro fundo decem aurei aut quod pure datum est, transfertur sub conditione.

Ist nun auch die Translation keine gültige, so hat sie dennoch den Werth und die Bedeutung der Ademtion, [242]) die Ernennung eines neuen Beschwerten befreit den früheren gänzlich, [243]) während die Ernennung eines neuen Honorirten den frühern mit concurriren läßt. [244])

Indem so im Widerrufe des Gesetzten das System der Willkühr seine Endschaft erreicht hat, und zum Bewußtseyn seiner eigenen Nichtigkeit gelangt ist, wollen wir den Gang, den dieses System genommen hat, und dessen Darstellung dieses Kapitel war, Behufs der besseren Uebersicht, so wie, um den Uebergang in das gegenüberstehende System anschaulicher zu machen, mit wenigen Worten recapituliren.

Das Testament setzt zunächst einen Wollenden voraus. Von dieser Seite, werden die drei Momente nothwendig erfordert, daß das bestimmte Individuum wollen könne, daß es einen eigenen, dann aber einen freien Willen habe. (S. 151 — 164) Aber der Wille strebt auch dahin wirklich zu werden und zu gelten; von dieser zweiten Seite sind es zwei Momente, welche in Betracht kommen, das Moment der Allgemeinheit, die Form, und das der Besonderheit, oder die Demonstration des bestimmten Willens (S. 164 — 173). Die Einheit der

242) l. 20. D. h. t. (34. 4.) l. 34. pr. de leg. I. (30.)

243) l. 6. §. 1. D. h. t. (34. 4.)

244) l. 30. §. 1. D. h. t. (34. 4.) l. 33. pr. D. de leg. I. 30. l. 7. pr. C. de leg. (6. 37.)

beiden eben genannten Seiten ist nun die dritte, welche das Testament, seinem Inhalte nach, ausmacht, und welche wiederum in die beiden Momente, des objectiven Vermögens (as) und der Erbeinsetzung zerfällt. Das Letzte des testamentarischen Erbrechts war aber die Substitution, oder vielmehr die Aufweisung der Leerheit des willkührlichen Systems in der Gestalt des unendlichen Progresses dieses willkührlichen Setzens (S. 174 — 184).

Indem so das testamentarische Erbrecht zu seiner Vollendung gekommen ist, muß es, um aus dieser Leerheit herauszukommen und etwas Substantielles zu seyn, nothwendig sich gegenüber einen Gegensatz erschaffen, der, im Verhältniß zu ihm, die Willkühr ist. Dieses ist aber das Legat. Der Kampf des testamentarischen Erbrechts und des Legats, welcher nunmehr eintritt, und somit der Kampf der sich als substantiell betrachtenden Willkühr, und der Willkühr in ihrer eigensten Form ist, vollendet sich in drei Momenten, in deren erstem nur die einzelnen Legatare, nicht das Princip des Legats selbst angegriffen werden, während im zweiten schon ein Verhältniß zwischen dem Legatar und dem Erben entsteht. Das dritte Moment, als die Einheit beider vorangegangenen, bringt den Kampf endlich auf die quantitative Mitte zurück, diese letzte Versöhnung aller Römischen Gegensätze (S. 184 — 194). Indem so das Legat nun eine ruhige Existenz für sich errungen hat, muß es selber innerhalb seiner den Gegensatz im einem strengen Legat (do lego) und in einem willkührlichen (per damnationem) aufweisen. Aber auch hier ist die Einheit der beiden Gegensätze, sowohl im legatum sinendi modo, als im Neronianischen Senatusconsult, endlich in der Justinianeischen Ausgleichung auszutreffen. Die Dogmatik der Le-

Digitized by Google

gate hat es aber nur mit der Betrachtung der zu legirenden Dinge zu thun, indem, bis auf wenige Ausnahmen, die Lehre von den Legaten mit der von der Erbschaft übereinstimmt. (S. 194 — 213).

Aber in dieser quantitativen Ausgleichung der substantielleren und der formelleren Willkühr, hat abermals die Willkühr das Bewußtseyn ihrer Nichtigkeit erlangt. Um dieser Leerheit zum andren Male zu entgehen, sucht dieselbe sich mit etwas Substantiellem zu vermählen, und ihre Bestimmungen an eine Gesinnung von Liebe und Pietät zu knüpfen (Fideicommisse.) Indem aber so diese Gesinnung sich unmittelbar gegen die Willkühr kehrt, kommt dieselbige zu ihrer unveränderten Natur zurück, und es entsteht ein abermaliger Kampf des Fideicommisses und der Erbschaft und Legate, welcher wie immer in äußerlicher quantitativer Aussöhnung endigt. [245])

Nachdem so die Willkühr in vergeblichem Abmühen zu etwas Substantiellem und Gediegenem zu werden sich herumgetummelt hat, erfaßt sie sich endlich in ihrer eigensten Natur, im Widerruf und spricht in demselben das Bewußtseyn ihrer Nichtigkeit vollends aus. [246])

Diesem so in sich vollendeten System der Willkühr gegenüber, erhebt sich das eigentlich substantielle Römische Erbsystem, das System der Familie, oder das Intestat-

245) S. oben S. 213 — 228. Justinian, wie er in der Compilation überhaupt dieses Ineinandergehen des Römischen Rechts manifestirt, ist auch hier der Schöpfer der völligen Aussöhnung.

246) S. oben S. 232 und folg. Dieses Resultat des testamentarischen Systems ist gleich beim Eingang S. 32 angegeben worden.

erbrecht. Innerhalb seiner, wird sich, nur auf dem gediegeneren Boden der Familie, dieselbige Bewegung darthun, und es wird sich zeigen, daß die Willkühr nicht minder dort, nur in Form der Familienstrenge, ihren Sitz aufgeschlagen hat. Der Begriff des Patriciats, wie des plebejischen Wesens, ist die gleiche nur in andrer Gestalt sich zeigende Willkühr.

Drittes

Drittes Kapitel.

Das System der Familie, oder das Intestaterbrecht.

Das Familienerbrecht hat seine Stellung bei der Auflösung der Familie, und zwar ist es selbst diese Auflösung in der Sphäre des Vermögens. Das Römische Familienerbrecht hat aber noch eine andre Bedeutung als die eben angegebene. Es setzt nicht bloß die Familie, sondern auch die individuelle Willkühr voraus; es ist nicht bloß Familienerbrecht, sondern auch Intestaterbrecht. Dieses ist eben sein Zusammenhang mit dem vorangegangenen System der Willkühr, das Hinterher dieses Systems zu seyn, und in so weit von demselben gesetzt zu werden, als es im Grunde nur existirt, in so fern die Willkühr erlaubt hat, daß es existire.

Indem aber der Zusammenhang, den das Familienerbrecht mit dem willkührlichen System hat, bereits im ersten Kapitel dieses Abschnittes, seiner ganzen Entwickelung nach, dargestellt worden, bleibt hier das Familienerbrecht nur dem einzigen Zusammenhang nach zu betrachten, den es mit der Römischen Familie überhaupt hat. Weil das Erbrecht aber die Auflösung der Familie ist, in diese Auflösung jedoch die ganze Substanz der Familie mit hineinspielt, und zum Vorschein kommt, so ist hier in gedrängter

Digitized by Google

Darstellung, das Familienerbrecht seinen Momenten nach selbst zu entwickeln, damit das Erbrecht nicht als ein Abstractes und Todtes, sondern aus der Substanz des Familienrechts selbst hervorgehend erscheine. Diese Behandlungsweise, welche bei allen vorangegangenen Rechten so befolgt worden [1]) ist auch im Römischen Rechte nicht minder nothwendig.

Zwar ist schon im Eingange zu diesem Werke versucht worden, den Begriff der Römischen Geschichte und des Römischen Rechts, in Beziehung auf die Familie aufzuweisen. [2]) Einerseits ist dort jedoch nur von einigen Seiten der Familie gehandelt worden, andrerseits ist hier die frische Gegenwärtigkeit nothwendig, damit der Zusammenhang des Erbrechts in seinem vollen Lichte hervortreten könne.

Es wird nun aber zuvörderst nöthig seyn, daß der Character der Römischen Familie im Allgemeinen bestimmt werde, ehe daran gegangen wird, diesen Character auch in den einzelnen Lehren des Familienrechts nachzuweisen. Wenn wir die Orientalische Familie, als die noch dem Naturganzen nahestehende und zum Theil in dasselbe aufgehende Familie bezeichnet haben, wenn weiterhin der Griechischen Familie der Character der Schönheit, und einer heiteren maaßvollen Sittlichkeit zukam, [3]) so ist der Name für die Römische Familie, daß sie die zerrissene, und die im Zwiespalt und in der Differenz sich befindende sey. [4])

Das Bild dieser so eben als zerrissen geschilderten Familie, könnte nun füglicher Weise so gegeben werden, daß zuerst die substantielle Seite des Familienrechts in

1) S. 1sten Band, Vorrede S. XXXIII.
2) S. 1sten Band S. 22 — 38.
3) S. 1sten Band S. 408.
4) S. 1sten Band S. 416.

Digitized by Google

den verschiedenen Momenten oder Lehren dargestellt werde, der dann gegenüber die freiere Seite sich erhöbe. Aber in so fern die Römische Familie, in der Zerrissenheit, welche ihr Prädicat ist, auch eine Totalität behauptet, ist es der Sache angemessener, die Familie als ein Ganzes in ihren einzelnen Momenten sich entwickeln zu lassen, und dann an jedem dieser Momente, die Seite der Naturnothwendigkeit und Substantialität, und die der Freiheit nachzuweisen.

Die Römische Familie zerfällt aber nothwendig in folgende drei Momente.

I. Der Ausgangspunkt der Familie, die Ehe, sowohl in Beziehung auf sie in ihrer Unmittelbarkeit, als auch in Beziehung auf die äußere Sphäre des Vermögens.

II. Das Bestehen der Familie in ihrer Entwickelung nach folgenden drei Seiten hin.

A. Die väterliche Gewalt;

B. Das verwandtschaftliche Verhältniß;

C. Das Verhältniß des Herrn zum Sklaven.

Diese Gliederung ist es, welche schon die Römer aufstellen, wenn sie von dem Sinn und der Bedeutung der Familie in ihrem Bestehen sprechen. Namentlich ist von den drei angegebenen Seiten in der folgenden sehr bezeichnenden Stelle die Rede, wo alles zwar nur im etymologischen Sinne genommen ist, welche indessen dadurch eben sehr treffend die Sache enthält.

l. 195. §. 2. D. de verborum significatione (50. 16.) (Ulpianus.)

Familiae appellatio refertur et ad corporis cujusdam significationem, quod aut jure proprio ipsorum aut communi universae cognationis continetur. *Jure proprio familiam dicimus plures personas, quae*

Digitized by Google

sunt sub unius potestate, aut natura aut jure subjectae, utputa patremfamilias, matremfamilias, filiumfamilias, filiamfamilias, quique deinceps vicem eorum sequuntur, utputa nepotes, et neptes, et deinceps. Pater autem familias appellatur, quamvis filium non habeat. Non enim solam personam ejus, sed et jus demonstramus. Denique et pupillum patremfamilias appellamus, et cum paterfamilias moritur, quotquot capita ei subjecta fuerunt, singulas familias incipiunt habere, singuli enim patrumfamiliarum nomen subeunt: idemque eveniet et in eo, qui emancipatus est, nam hic sui juris effectus propriam familiam habet. *Communi jure familiam dicimus omnium adgnátorum*, nam etsi, patrefamilias mortuo, singuli singulas familias habent, tamen omnes, qui sub unius potestate fuerunt, recte ejusdem familiae appellabuntur, qui ex eadem domo et gente proditi sunt. *Servitutium quoque solemus appellare familias*, ut in Edicto Praetoris ostendimus sub titulo de furtis, ubi Praetor loquitur *de familia Publicanorum*, sed ibi non omnes servi, sed corpus quoddam servorum demonstratur, hujus rei causa paratum, hoc est vectigalis causa, alia autem parte Edicti omnes servi continentur, ut de hominibus coactis, et vi bonorum raptorum, item redhibitoria, si deterior res reddatur emptoris opera aut familiae ejus, et Interdicto, unde vi, familiae appellatio omnes servos comprehendit, *sed et filii continentur.*

III. Die Familie nach der Seite ihrer Auflösung. Diese Auflösung vollbringt sich ebenfalls nach folgenden drei Seiten hin.

A. Selbständigkeit mit Schutz über die ganze Persönlichkeit des Selbstständigen (Tutel.)

Digitized by Google

B. Weitere Selbstständigkeit, mit bloßem Schutz über das Vermögen (*cura.*)

C. Vollständige Auflösung der Familie, und ihre Manifestation in der Sphäre des Vermögens (Erbrecht.)

Dieses ist also der Platz, den das Intestaterbrecht in der Römischen Familie einnimmt. Da es dieses Letzte ist, kommt in ihm nochmals die ganze Substanz des Familienrechts zum Durchgang, und Ehe, väterliche Gewalt, Verwandtschaft, Sklavenverhältniß und Tutel finden ihre Anwendung und ihre Stellung, in der Gliederung des Erbrechts.

I. Der Dualismus der in jeder Lehre des Römischen Rechts hervortretenden Gegensätze tritt in der Ehe, wie auch schon ausgeführt worden ist, [5]) auf, als der Gegensatz einer strengen und freien Ehe. Der Standpunkt, auf dem diese dualistische Ehe sich befindet, wird deutlicher hervortreten, sobald wir ihn gegen die bereits abgehandelten vorrömischen Ehen, gegen die Orientalische und Griechische halten. Die Orientalische Ehe zeigt durchweg das noch der polygamischen Natürlichkeit zugewendete Leben, [6]) in der der sittliche Kern nur bisweilen als ein wieder verschwindender Blitz erscheint, mag die Ehe nun in der Achtfachheit Indischer Formen [7]) und in ihrem begriffslosen Götzendienste, oder in der Nüchternheit und Einfachheit des Chinesischen Kaufes [8]) oder als die abstracte Reinheit von Iran, [9]) oder auch als das Patriarchalische der Mosaischen und als die allgemeine und abstracte Zurück-

5) S. 1sten Band, S. 22.
6) S. 1sten Band, S. 278.
7) S. 1sten Band, S. 72, 244.
8) S. 1sten Band, S. 101, 256.
9) S. 1sten Band, S. 261.

Digitized by Google

setzung der Moslemitischen Ehe auftreten. [10]) Die Frau ist auf diesem Standpunkte nicht die Gleiche des Mannes, sondern sie ist sein Eigenthum und sein Reichthum. [11]) Der weitere Fortschritt zur Griechischen Ehe ist zunächst die in Hellas aus der Räthselhaftigkeit des Egyptischen Dunkels sich offenbarende Monogamie, die zur schönen herausgebildeten Individualität und zum Bürgerthum in ein gemäßes Verhältniß tritt. [12]) Der Kauf als Eingehungsweise in den gebildetsten der Orientalischen Rechte, verwandelt sich hier in ein Uebergeben von Seiten der Angehörigen, [13]) und die Selbständigkeit der Frau äußert sich in einer Sphäre des Vermögens, dos. [14]) Aber die Zurückgezogenheit ins Innere des Hauses, welche nicht ein Werk des freien Bewußtseyns sondern der zwingenden Sitte ist, zeigt eben so noch die substantielle Orientalische Anschauung, so wie in der nothwendigen Ehe der Erbtochter ein Mangel an Selbstständigkeit, und in der Leichtigkeit der Ehescheidungen, ein Durchschimmern der Polygamie zu erkennen ist. [15])

In der Römischen Ehe ist nun diese schöne Einheit der substantiellen Sitte und der Freiheit, welche sich in der Hellenischen Ehe vorfindet, und welcher es entsprechend ist, daß es nur eine einzige Weise der Ehe giebt, durchweg auseinandergerissen. Die substantielle Seite der Sitte, oder das Orientalische Moment stellt sich als die strenge Eheform hin, gegenüber einer freieren Form, welche nicht

10) S. 1sten Band, S. 267 — 278.
11) S. 1sten Band, S. 279.
12) S. 1sten Band, S. 295. u. folg. 405.
13) S. 1sten Band, S. 298. 99.
14) S. 1sten Band, S. 302 — 305.
15) S. 1sten Band, S. 406. 407.

Digitized by Google

mehr mit dieser ersten in schöner Einigung sich befindet, sondern zu ihr den Gegensatz der vollständigsten Verschiedenheit annimmt. Die Natur des Gegensatzes bringt es aber mit sich, daß in der strengeren Form selbst das Substantielle nicht mehr in seiner ursprünglichen Gediegenheit erscheint, sondern eben so das Gewand der Willkühr annimmt, und daß andrerseits das freie Princip sich dadurch bewährt, daß es ein Festes und Substantielles zu werden strebt.

Der Gegensatz der strengen und freien Ehe, entspricht dem, was in der politischen Geschichte der Kampf der Patricier und Plebejer genannt wird. Deswegen brauchte aber nicht grade die strenge Ehe äußerlich in der Erscheinung den Patriciern, die freie den Plebejern eigenthümlich gewesen zu seyn. [16]) Denn es ist nur nöthig, daß die Differenz in jeder Lehre des Römischen Rechts sich zeige, ohne, daß irgend darnach gefragt werden kann, ob auch an den Patriciern und Plebejern in der Erscheinung sich diese Differenz selbst darthue. Häufig wird jedoch gezeigt werden können, daß das strenge Princip einer Lehre Patricisches Recht, das freie Plebejisches Recht gewesen ist, wie es schon bei dieser Lehre namentlich gemuthmaßt worden. [17])

Schon Schrader [18]) hat eben so in Form der Vermuthung, die Behauptung aufgestellt, daß die strenge Ehe Etruskischen, die freie Ehe dagegen Plebejischen Ursprungs gewesen sey, daß die eine daher den Patriciern, die andre den Plebejern zugehört habe. In beschränkterer

16) S. was darüber im 1sten Bande S. 10, Note 19 gesagt worden.
17) S. 1sten Band, S. 31, Note 28.
18) Hugo civ. Magazin V. S. 147.

Digitized by Google

Weise hat auch in der neuesten Zeit Wächter [19]) in einer überaus trefflichen Schrift über Römische Ehe diesen Beweis zu führen gesucht, jedoch nur so, daß lediglich die eine Art der strengen Ehe, die confarreatio unbedingt Patricischen, so wie die freie Ehe unbedingt Plebejischen Ursprungs sey. Die andren Arten der strengen Ehe gehören nach ihm einem gemischten Mittelzustand an. [20]) Die Weise, wie er sich denselben vorstellt, verdient hier einen Platz.

Der Dualismus der Römischen Ehe habe seinen Grund in der Stammesverschiedenheit der Römer gehabt; die Patricier, als am Religiösen und Förmlichen hängend, hätten sich religiöser Formen bedient, dagegen die nicht so ernsten Plebejer in der Ehe nur einen Vertrag sahen. [21]) Auf Etruskisches deute bei den Römischen Heirathsgebräuchen vielerlei hin, daß die Neuvermählte den Laren (Etruskischer Herkunft) ein Geldstück (as) spende, [22]) daß auspices bei der Ehe vorkämen [23]) u. a. m. [24]) Aber noch mehr Spuren, sprechen für die besondere Etruskische Herkunft der confarreatio, dadurch daß ein feierliches Opfer, bei dem ein Waitzenbrod gebraucht wurde, dabei vorkam; [25]) da doch auch Varro, [26]) von einem Opfer bei Heirathen spricht, das in Hetrurien Sitte war, ferner die Verbindung des Blitzes und der confarreatio bei

19) Ueber Ehescheidungen bei den Römern, Stuttgart, 1822.

20) Wächter a. a. O. S. 28 — 57.

21) Wächter a. a. O. S. 32.

22) Varro ap. Nonium XII. 20.

23) Val. Maximus II. 1. 1.

24) Wächter a. a. O. S. 35.

25) Ulp. IX. 1. Gaji Comm. I. §. 112.

26) de re rustica II. 4. §. 9.

Digitized by Google

Servius [27]) daß ein Knabe, Camillus genannt, (die Etruriſche Benennung Merkurs) [28]) ein cumerum trug, [29]) zugleich aber ein Gehülfe des Flamen Dialis war, [30]) endlich, daß die ſpäteren Römer von den bei der confarreatio vorkommenden Ceremonien und Formeln gar nichts mehr verſtanden. [31]) Daß nun in allen Hochzeitfeierlichkeiten Etruskiſche Spuren gefunden werden, vermindere auf keine Weiſe den Beweis für die beſondere Etruskiſche Herkunft der confarreatio, da bei der Verſchmelzung der Patricier mit den übrigen Bürgern, Patriciſche Gebräuche leicht auf alle übergehen konnten. [32]) Wenn uns daher die alten Geſchichtſchreiber ſagen, Romulus hat die confarreatio eingeführt, [33]) ſo heiße dieſes nichts weiter, als der Etruskiſche Urſtamm Roms, die Patricier, hat dieſe Form der Ehe gehabt. [34])

Dieſe confarreatio ſey die urſprünglich alleinige Ehe geweſen, nach den Einwanderungen der Latiner oder Plebejer, ſey aber durch dieſe ihre eigene Eheform, die nicht ſtrenge Ehe eingeführt worden, zu deren Eingehung es der bei der confarreatio üblichen Förmlichkeiten nicht bedurft habe, und durch welche die Frau der Familienrechte nicht theilhaftig wurde. Dieſe beiden Arten der Ehe, die confarreatio und die freie Ehe hätten auch geraume Zeit neben einander beſtanden, und das connubium der beiden Stämme

---

27) Ad Virg. Aeneid. lib. IV.

28) Dionys. Hall. II. p. 93. Macrobius IV. 9.

29) Varro de ling. lat. ed. Bp. p. 88.

30) Servius ad Aen. IV. v. 103.

31) Taciti Ann. IV. 16. Gaji Comm. I. §. 112. Ulp. IX.

32) Wächter a. a. O. S. 43, 44.

33) Dionys. Hall. II. p. 59.

34) Wächter a. a. O. S. 36.

Digitized by Google

sey durch die verschiedenen Eheformen bedeutend erschwert worden. [35]) Nur so lasse sich Cicero's Rede für Flaccus [36]) erklären, wo als strenge Ehe lediglich usus und coemtio aufgeführt, von der confarreatio aber nicht die Rede sey, wenn man annehme der Andro Sextilius sey ein Plebejer gewesen, bei dem die confarreatio also gar nicht möglich gewesen sey. Die Meinung derer, welche diese Auslassung so erklärten, daß sie, mit Beziehung auf die Stelle des Boethius [37]) annahmen, die confarreatio habe bloß bei Priesterehen statt gefunden, wird durch den Umstand widerlegt, daß Cäsars Vater, wiewohl er in confarreirter Ehe gelebt habe, [38]) als Prätor gestorben sey. [39]) Daß die Plebejer übrigens den Patriciern das ausschließliche Recht zum Flaminium niemals streitig machten, beweist, daß nur die Patricier confarreirte Ehen schließen konnten, welche die Fähigkeit dazu gaben. [40]) Indem so nun die confarreatio der freien Ehe gegenüber gestanden habe, sey schon durch die zwölf Tafeln eine Ausgleichung erfolgt, welche darin bestanden, daß auch den Plebejern eine Form der strengen Ehe (usus) gewährt wurde. Da dieses aber Ehen zwischen Patriciern und Plebejern befürchten ließ,

---

35) Wächter a. a. O. S. 44. 45.

36) pro Flacco, cap. 34. in manum convenerat sed quaero usu an coemtione?

37) Confarreatio solis pontificibus conveniebat, Boethius II. 3.

38) Cäsar war zum Flamen Dialis designirt, und mußte daher aus confarreirter Ehe entsprossen seyn. Tacit. Ann. IV. 16. Sueton. Caesar cap. 1.

39) Plinii hist. nat. VII. 55. conf. Grupen de uxore romana p. 163, der schon dieses anführt und Wächter a. a. O. S. 46. 47.

40) Wächter a. a. O. S. 48. 49.

Digitized by Google

so sey erst jetzt durch die zwölf Tafeln, ein förmliches Verbot des connubii erfolgt. Die Plebejer hätten dadurch das, was sie einerseits durch Einräumung des usus erlangt hatten, wieder verloren, [41]) und dieses sey der Grund gewesen, warum der usus nie viel in Gebrauch gekommen sey. Den Patriciern habe diese Ueberlistung wenig geholfen, und neun Jahre später habe schon die lex Canuleja das connubium zwischen beiden Stämmen gestattet. Was nun die dritte Form der strengen Ehe, die coemtio betrifft, so sey sie sicherlich Plebejischen Ursprungs, und zu dem Zwecke angeordnet worden, daß auch die Plebejer noch eine strenge Eheform haben möchten. Daß sie aber Plebejischen Ursprungs sey, zeige die Form der Mancipation, die den Plebejern eigen gewesen sey. [42])

Diese Meinung, über den Zusammenhang der confarreatio, und der übrigen strengen Eheformen mit der freien, die wir jetzt so vollständig als möglich mitgetheilt haben, beruht also hauptsächlich darauf, daß die Patricier im Besitz jener priesterlichen religiösen Formen waren, die wir auch bei der confarreatio antreffen, ferner darauf daß späterhin nur noch die höheren Patricischen Priester solche Ehen eingingen, und daß die coemtio Plebejischen Ursprungs gewesen seyn müsse, weil vorausgesetzt wird, die dabei vorkommende mancipatio sey ebenfalls Plebejisch. So wahrscheinlich mir nun auch die Patricische Herkunft der confarreatio scheint, so wenig kann ich glauben, daß bei dem Mangel aller Zeugnisse, jemand aus dem Stegreif annehmen dürfe, die coemtio sei den Plebejern eigenthümlich gewesen. Es ist freilich für den Begriff der Sache völlig gleichgültig, ob, die strenge Ehe den Patriciern oder

41) Wächter a. a. O. S. 503.

42) Wächter a. a. O. 54 — 57.

Digitized by Google

Plebejern angehört habe, da sie, wie dies auch seyn mag, stets doch das Patricische Moment im Römischen Recht vorstellen wird, indessen da die historischen Zeugnisse durchweg darüber schweigen, so müßte man eher annehmen, wenn man überhaupt annehmen muß, daß die Form des feierlichen Kaufes, vor fünf Zeugen, und einem libripens sich wie die confarreatio zu dem Patricischen Character eher verhalte, wie zu dem Plebejischen, dem der formlose consensus angemessener ist. Die Meinung von Schrader, [43]) übrigens, worauf die Wächtersche Ansicht zunächst beruht, daß die Mancipation, also auch das Quiritarische Eigenthum Plebejisch sey, ist mit so wenigen Gründen unterstützt, daß die Gegengründe, die er sich selbst aufwirft, und die das Substantiellste der Sache ausdrücken, überwiegend seyn möchten.

Ist bei irgend einer strengen Eheform überhaupt anzunehmen, sie sey Plebejischen Ursprungs, oder doch den Plebejern gemeinschaftlich gewesen, so kann dieses allein der usus seyn. Denn der usus setzt die freie Ehe voraus, und er ist erst das Hinterher dieser freien Ehe, weil er sie zerstört, und zur strengen Ehe macht. Nehme man nun an, was freilich auch nur angenommen ist, die freie Ehe sey lediglich den Plebejern eigenthümlich gewesen, so würde eben so daraus folgen, daß auch der usus, die Zerstörung dieser freien Ehe, nur ihnen zugehört habe. So viel ist gewiß, daß der usus auf jede Weise den Uebergang der freien und strengen Ehe macht, indem er der Weg ist, wie die eine in die andre sich verwandelt. Wie aber der Zusammenhang dieser Formen mit der lex Canuleja gewesen seyn mag, kann bei dem Mangel an Quellen nur eine bessere oder schlechtere Erfindung abgeben.

---

43) Hugo civ. Magazin V. S. 149.

Digitized by Google

Stellen wir nämlich den Gegensatz der strengen und freien Ehe hin, so ist die Bewegung der strengen Ehe gegen die freie folgende. Zunächst liegt diese Bewegung schon in den drei Momenten oder Formen der strengen Ehe selbst.

I. Die confarreatio, die Ehe mit priesterlichen Formen und Gebräuchen. Hier kommen ein Opfer, ein panis farreus, zehn Zeugen und gewisse Formeln (certa verba) vor. [44]) Das Uebrige wissen wir nicht, nur daß die Ceremonie ihr Bewenden nicht dabei hatte. [45]) In dieser Eheform, die in den spätesten Zeiten nur noch den Priestern eigen war, [46]) und von deren unerträglichen Schwierigkeiten Tacitus [47]) spricht, ist die vollständige Strenge der in manum conventio, noch in der ursprünglichsten religiösen Einhüllung gehalten. Sie enthält das ein durchaus Innerliches, gar nicht aus sich Herausgehendes zu seyn.

II. Die Strenge dieser priesterlichen Form, und ihr eingehülltes und mysteriöses Wesen, wird zur Aeußerlichkeit, und zur größeren Zugänglichkeit in der bürgerlicheren Gestalt der coemtio das heißt der mancipatio vor fünf Zeugen und einem libripens, wobei indessen auch der Mann und die Frau gegenwärtig seyn mußten, (coemptione in manum conveniunt per mancipationem, id est per quandam imaginariam venditionem, adhibitis non minus quam quinque testibus, civibus Romanis

---

44) Servius ad Aen. lib. IV. v. 104. Gaji Comm. I. §. 112.

45) Gaji Comm. l. l. sed complura praeterea hujus juris ordinandi gratia aguntur et fiunt.

46) S. meine Scholien zum Gajus S. 146.

47) Ann. IV. 16.

Digitized by Google

puberibus, item libripende, praeter mulierem eumque, cujus in manum convenit, [48]) und wobei gegenseitige Fragen gestellt und beantwortet wurden. [49]) Die Ehe hat hier ihre religiöse Gestalt abgethan, um sich in Weise der Wirklichkeit des Kaufes, gleichsam auf die Erde herabzulassen, und sich zu einer Vereinigung des bürgerlichen Lebens umzuschaffen. Es ist nicht mehr das Opfer, das die Gemeinschaft erzeugt, sondern ein gegenseitiges Geschäft, dem der Consens der Parteien, in einer bestimmten symbolischen Form ausgesprochen, zu Grunde liegt.

III. Es kann nun aber gedacht werden, daß der Consens, welcher der vorigen Form zu Grunde liegt, von der Form der Erwerbung, mit welcher vereinigt er die strenge Ehe hervorbringt, getrennt werde, so daß der Consens mit der Erwerbungsweise nicht in einen Act zusammenfalle, sondern selbst darin seine Stimme abgebe, ob diese Erwerbungsweise, und somit die strenge Ehe überhaupt statt finden solle. Dieses ist nun der Uebergang zur freien Ehe, und die Voraussetzung derselben, indem die strenge Ehe ein Hinterher, und ein in die Beliebigkeit der Parteien Gestelltes ist.

Diese Form der strengen Ehe, welche den Dualismus in sich enthält, daß der Consens der Zusammentretenden, von der Erwerbungsweise getrennt ist, ist der usus. Er beruht darauf, daß die Frau, wenn sie nicht in die strenge Ehe des Mannes treten will, drei Nächte, (trinoctium) in jedem Jahre abwesend seyn muß, im entgegengesetzten

48) Gaji Comm. I. §. 113. Boethius ad Top. Cic. cap. 3. lib. II. §. 779. Servius ad Aen. IV. v. 214. Festus v. remancipata. Cicero de oratore I. 56.

49) Boethius l. l.

Digitized by Google

Falle ist sie der Gewalt desselben anheimgefallen. [50]) Dieses Hinweggehen heißt, wie die Unterbrechung jeder Usucapion überhaupt usurpatio. Aber wie die Verjährung als strenge Erwerbungsweise immer ein freieres Eigenthum voraussetzt, so setzt der usus die freie Ehe voraus, und enthält somit an sich schon eine, wenn auch nur äußerliche Vereinigung der strengen und freien Ehe.

Liegt nun in diesen drei Formen schon eine größere oder geringere Entfernung von der freien Ehe, so ist dennoch die Wirkung, die aus allen dreien entspringt, eine völlig gleiche. Wie schon in der ersten Einleitung zu diesem Buche [51]) gesagt worden ist, wurde die Ehefrau der strengen Ehe der filiafamilias gleichbedeutend, [52]) sie verlor die Familienrechte in ihrer eigenen Familie, um die in der Familie ihres Mannes zu erwerben, sie wurde daher die consanguinea ihrer Kinder, hatte wie diese keine eigene Sphäre des Vermögens, sondern erwarb alles ihrem Manne; was sie aber vor der conventio in manum gehabt hatte, fiel eben so mit ihr ihrem Manne zu. [53])

Stellen wir nun jetzt dieser strengen Ehe das Plebejische Princip, oder die freie Ehe gegenüber, so ergiebt sich der absolute Gegensatz. Die Ehefrau tritt nicht in die Familie des Mannes, sondern sie bleibt vielmehr in ihrer angebornen oder adoptiven Familie, in der Gewalt des früheren Gewalthabers. Während daher in der strengen Ehe, die Frau in den Mann vollständig aufging,

---

50) Gaji Comm. I. §. 111. Gellius noct. att. III. §. 2. Cicero pro Flacco cap. 34. S. meine Scholien zum Gajus S. 143 — 45.

51) S. 1sten Band, S. 23.

52) Gaji Comm. I. §. 114.

53) Cicero Topica cap. 4. Gaji Comm. II. 98. III. 82.

Digitized by Google

ist hier vielmehr eine gänzliche Ungemeinschaftlichkeit vorhanden und es ist nur ein Beisammenseyn, nicht ein Ineinanderseyn zu erkennen. Denn die Collision, die jetzt zum Beispiel zwischen der fortbestehenden väterlichen Gewalt und der ehelichen Gemeinschaft eintritt, ist durchweg durch nichts gehoben, wenn nicht diese Ungemeinschaftlichkeit selbst das Princip wäre. Die Klage, die z. B. dem Vater gegen jeden zusteht, der dolo malo sein Kind vorenthält, das interdictum de liberis exhibendis, [54]) welches selbst gegen die Mutter erst durch die Kaiser Antoninus Pius, Marcus Aurelius und Severus ermäßigt worden, [55]) steht dem Vater nicht minder gegen den Ehegatten seiner Tochter zu, wenn derselbe auch in ganz einträchtiger Ehe lebt, ja wenn der Vater selbst die Ehe veranstaltet hatte, und die exceptio doli die etwa in ganz später Zeit, nachdem die Gegensätze bereits so ziemlich verschwunden sind, gegen dieses Interdict gestattet wird, wird nicht einmal in dieser Zeit in ihrer eigensten Form ertheilt, sondern bloß in Form einer bittweisen Ueberredung, der Herr Vater möchte doch die Güte haben, von seiner Gewalt keinen Gebrauch zu machen.

L. 5. D. h. t. (43. 30.) (Ulpianus.)

Si quis filiam suam, quae mihi nupta sit, velit abducere, vel exhiberi sibi desideret, an adversus Interdictum exceptio danda sit, si forte pater concordans matrimonium, forte et liberis subnixum, velit dissolvere? Et certe jure utimur, ne bene concordantia matrimonia jure patriae potestatis tur-

54) l. 1. pr. D. h. t. (43. 30.)

55) l. 1. §. 3. l. 2. §. 5. D. h. t. 43. 30.

Digitized by Google

turbentur. *Quod tamen sic erit adhibendum, ut patri persuadeatur, ne acerbe patriam potestatem exerceat.*

Das Recht des Mannes, sich die Frau vom Vater, in dessen Gewalt sie sich befindet, aushändigen zu lassen, ist erst unter Diocletian entstanden, wie die Codexstelle sowohl als die davon sprechende Pandectenstelle beweist, die von Hermogenian, einem Zeitgenossen Diocletians, ist.

l. 11. C. de nuptiis (5. 4.) Diocletianus et Maximinianus.

Si invita detinetur uxor tua, a parentibus suis interpellatus Rector provinciae, amicus noster, exhibita muliere, voluntatem ejus secutus, desiderio tuo medebitur.

l. 2. D. de liberis exhibendis item ducendis (43. 30.) (Hermogenianus).

Imo magis de uxore exhibenda ac ducenda pater etiam, qui filiam in potestate habet, a marito recte convenitur.

Daß bei dieser Ehe der späteren beinahe christlichen Kaiserzeit, welche aus dem Zusammentreffen der strengen und freien Ehe entstanden ist, und in welche daher einige Principien der strengen Ehe eben so mit übergegangen sind, erst eine positive Erwähnung dieses Rechts des Mannes, gegen die durchweg anerkannte Gewalt des Vaters nöthig ist, zeigt, wie wenig von einer durchdringenden Gemeinschaftlichkeit die freie Ehe in ihrer ursprünglichen Natur überhaupt aufzuweisen hat. Denn die Frau ist hier entweder ganz selbstständig, oder dafern sie in der Gewalt ist, in der Gewalt eines anderen als ihres Mannes; so erwirbt sie nicht diesem ihrem Manne, sondern sich oder ihrem Vater.

Ehe wir nun die weitere Bewegung der strengen und freien Ehe gegen einander verfolgen, ist es gut, dasjenige, was schon zu Anfang dieses Kapitels geschehen ist, nämlich die Vergleichung der Römischen Ehe mit den vorrömischen Standpunkten, dem Orientalischen und Griechischen auch in Beziehung auf die Eheformen durchzuführen. In der pantheistischen Vielheit des Indischen Lebens, finden wir alle mögliche Eingehungsweisen der Ehe in einem trüben Nebeneinander, mit fast verwischten Unterschieden. In den göttlichen Ehen Brahma, Daiwa und Prajapatya ist das priesterliche Prinzip der Vedagelehrsamkeit, in den Ehen Arscha und Asura das Moment des Kaufes, in den Ehen Gandharva, Racshasa und Paisacha das Moment der sich findenden Neigung der Gewaltsamkeit und des concubitus zu erkennen. [56]) Diese Vielfachheit der Eheformen verschwindet im Chinesischen Staate, und nimmt die einzige Gestalt des Kaufes an. [57]) In Iran ist, weil die Ehen das Mittel sind zur Reinheit zu gelangen, wiederum das Indische priesterliche Princip des Ehesegens vorherrschend, [58]) dagegen bei den Juden und Moslemen das bürgerlichere des Kaufes, und des concubitus wieder eintritt. [59]) Faßt man das Ganze des Orientalischen Rechts aber zusammen, so ist die religiöse Weihe, der Kauf und der concubitus, dasjenige, was sich als die Entstehungsform der Ehe ergiebt.

Keine dieser drei Eingehungsweisen ist es, welche sich in der Griechischen Ehe vorfindet, nicht der priesterliche Segen, nicht der Kauf, nicht die Beiwohnung: Es ist die

56) S. 1sten Band, S. 72 — 73.
57) S. 1sten Band, S. 101.
58) S. 1sten Band, S. 264.
59) S. 1sten Band, S. 128. 138. 189. 190.

Digitized by Google

Eingehungsweise der Athenäischen Ehe, lediglich das freie Zusammentreten eines Bürgers und einer Bürgerin, bewirkt durch den, unter dessen Schutz diese Bürgerin ist. Die Ehe ist daher eine sponsio ἐγγύη, das Kommen einer Freien zu einem Freien, und nur Mägde und Concubinen werden gekauft, wodurch sie sich aber eben so von den Ehefrauen unterscheiden. [60])

Halten wir nun die Eingehungsformen der Römischen Ehe gegen die vorangegangenen, so finden sich diejenigen drei Eingehungsweisen, welche bei der Orientalischen Ehe vorkamen, die priesterliche Weihe, der Kauf und der concubitus in der strengen Ehe des Römischen Rechts wieder, die erstere als confarreatio, die zweite als coemtio, die dritte als usus. Denn daß der usus, wenn er auch nicht grade die rohe Bedeutung des unmittelbaren concubitus hat, dennoch die Ehe durch den Besitz der Frau enthält, und demnach damit zusammenzustellen ist, ist schon bei einer anderen Gelegenheit gesagt worden. [61]) Bietet aber so die strenge Römische Ehe die Trichotomie der Orientalischen Eheformen dar, so findet sich in der freien Römischen Ehe wieder die Griechische Form vor, das Zusammentreten eines freien Bürgers und einer freien Bürgerin, nur daß in der Römischen Ehe diese Freiheit auch zugleich als Ungemeinschaftlichkeit und als ein schon in sich getrenntes Verhältniß auftritt, während die freie Griechische Ehe eine schöne und substantielle Totalität darbietet. So sind auch in der strengen Römischen Ehe die Orientalischen Eingehungsweisen nicht mehr in ihrer ursprünglichen Gediegenheit, sondern schon in abstracterer Gestalt, mehr symbolisch als naiv gehalten. Der Gegensatz der Eheformen ist also

60) S. 1sten Band, S. 298. 299.

61) S. 1sten Band, S. 139.

Digitized by Google

eben so der Gegensatz des Orientalischen und Hellenischen Princips, welcher Gegensatz die Wahrheit der Römischen Geschichte ist.

Die strenge und freie Ehe des Römischen Rechts, haben sich aber nun nach dem oberen Gesetz der Römischen Geschichte auszugleichen und zu einer Ehe herauszubilden. Der Kampf der strengen Ehe und der freien, der dieser Ausgleichung vorangeht, ist uns jedoch der äußeren Erscheinung nach, in historischen Zeugnissen nicht erhalten worden. Der Uebergang der in manum conventio in die freie Ehe muß sich den drei Formen der strengen Ehe gemäß in folgenden drei Momenten gestalten.

I. Diejenige Form der strengen Ehe, welche schon in sich das Bewußtseyn und die Existenz der freien Ehe trägt, der usus (S. 254) muß auch zunächst den Uebergang in die freie Ehe beginnen, indem selbst die fehlende Usurpation des trinoctii nicht mehr fähig ist eine strenge Ehe herbeizuführen. Hier ist die Form am leichtesten zu besiegen, weil sie erst ein Hinterher der Ehe ist, während die anderen Formen die Ehe beginnen. Daher ist es auch der usus der am frühesten außer usus kommt, aber auch durch Gesetze aufgehoben wird, (sed hoc totum jus partim legibus sublatum est, partim ipsa desuetudine oblitteratum est.) [62])

II. Das Moment der priesterlichen Weihe, die Eingehungsform der confarreatio, hat zunächst seinen Zusammenhang mit dem Etruskischen Priesterstamme, den Patriciern. (S 253.) Nachdem die Patricier und Plebejer aber in die Einheit des Quiritischen Volkes zusammengeflossen sind, hat diese Form nur noch eine Bedeutung für den wahrhaften Stand der Priester, und nachdem sie schwierig

62) Gaji Comm. 1. §. 111.

Digitized by Google

und veraltet geworden ist, nur noch für die höheren Priesterstellen. Bei ihnen sagt Gajus seyen sie einzig und allein in Gebrauch (quod jus etiam nostris temporibus in usu est, nam Flamines majores id est Diales Martiales Quirinales . . . . . .) [63]

III. Nachdem so der usus aufgehört, und die confarreatio sich zu einer Eheform der höheren Priester umgestaltet hat, bleibt das Moment des Kaufes, die coemtio, noch die einzige Eingehungsweise der strengen Ehe. Nach diesem allmähligen Verschwinden classificirt Gajus auch die Eheformen, indem er zuvörderst vom usus, dann von der confarreatio, endlich von der coemtio spricht. [64] Das Aufhören der coemtio selbst ist nun nothwendig folgendem Processe unterworfen. Die Eigenthümlichkeit der coemtio besteht darin, daß der Wille, die Ehe einzugehen, mit der Form und dem Ausdruck dieses Willens, dem Kaufe und seinen Symbolen zusammenfällt. Die Zerstörung dieser Weise wäre nun zunächst ein Auseinanderfallen des Consenses und seiner Form. Dies könnte nun auf die doppelte Weise geschehen, daß entweder die Form für sich ohne den Inhalt der Ehe überhaupt gedacht würde, so daß sie nur entlehnt, und eigentlich eines anderen Zweckes wegen gebraucht wird, oder auch daß der Inhalt der Ehe erst späterhin zu der schon bestehenden Form und als ein Hinterher hinzutritt. Beide Gestaltungen sind in folgendem geschichtlichen Gange enthalten.

Gajus [65] erzählt, daß eine coemtio auch mit einem Anderen als dem Ehemanne abseiten der Frau ein-

63) Gaji Comm. I. §. 112. Tacit. Ann. IV. 16. Serv. ad Aeneid. IV. v. 104 et 374.

64) Gaji Comm. I. §. 111.

65) Comm. I. §. 114.

Digitized by Google

gegangen werden könne, und daß die coemtio sowohl coemtio cum marito als auch cum extraneo sey. Wolle die Frau z. B. gern ihre Tutoren los werden, um Andere zu erhalten, so gehe sie eine coemtio cum extraneo ein. Dadurch wird nun conventio in manum aber keine Ehe begründet. Sie wird von dem extraneus, in dessen manus sie gekommen, an den Mann, den sie zum Tutor wünscht, remancipirt, dieser manumittirt sie, und wird nun ihr tutor fiduciarius. [66]) Auch um der auf ihrem Vermögen haftenden sacra sich zu entledigen, findet eine solche coemtio cum extraneo statt. Wie Cicero [67]) den Juristen vorwirft, haben sie diese Erfindung gemacht, damit die sacra untergehen mögen. Daher denn auch immer diese extranei senes sind, damit die sacra nicht einer langen Erhaltung bedürfen. [68])

Wenn so die Form der Ehe von dem Inhalte gelöst, zu anderen Zwecken gebraucht wird, so ist damit angedeutet, daß diese Form nicht mehr als die gehörige Gestaltung dieses Inhalts angesehen wird, denn wäre diese Form noch die wahrhafte Form, so könnte der Inhalt nicht für sich und die Form eben so für sich seyn, sondern der Inhalt wäre nur in dieser Form. Am deutlichsten zeigt sich nun aber dieses Auseinandersyn, wenn die Ehe etwa erst späterhin zu dieser Form als ein Anderes hinzutritt. Die conventio in manum ist so das Vorangehende, der die Ehe als ein Fremdes folgt, der extraneus wird erst jetzt zu einem Ehemanne. (Idem juris est — — — *vel quae in manu fuit nubat.*) [69])

---

66) Gaji Comm. I. §. 115. S. meine Scholien zum Gajus S. 147. 148.

67) pro Muraena cap. 12.

68) S. v. Savigny Zeitschrift f. g. R. II. 387. u. fg.

69) Gaji Comm. II. §. 139.

Indem so die coemtio von der Ehe gelöst ist, und beide sich zu einander als Verschiedenes verhalten, ist im Grunde der Zustand da, den die Form des usus darbietet, diese hat auch die Ehe und die Erwerbungsweise als Getrenntes und Auseinanderseyendes, nur mit dem Unterschiede, daß beim usus die Erwerbungsweise zur Ehe, hier aber die Ehe zur Erwerbungsweise hinzutritt. In dieser Differenz ist aber die Form, als eine wahrhaft geltende verschwunden, und was beim usus deshalb erfolgt, daß er sehr bald außer Gebrauch kommt, das muß sich auch nun bei der coemtio ereignen. Die Aufhebung der Identität der coemtio und der Ehe, hat bald die Seltenheit dieser Eheform, dann den völligen Uebergang in die freie Ehe zur Folge.

Die eine Römische Ehe nun, die aus den Gegensätzen der strengen und freien Ehe hervorgeht, hat den ganzen Character dieser Römischen Identität an sich. Wie in der Kaiserzeit nämlich Alles in die eine gleichmachende Willkühr übergeht, so ist der Character der freien Ehe durchaus vorherrschend in derjenigen Ehe, deren Bild uns die Justinianeschen Rechtsbücher darbieten. Was etwa vom früheren Daseyn einer strengen Ehe darin Merkbares sich vorfindet, beruht lediglich auf den schon oben berührten Einreden des Mannes gegen die Macht der väterlichen Gewalt, auf der Theilhaftigkeit am Stande des Mannes, oder etwa darauf, daß das Haus des Mannes, als der Sitz des Eheverhältnisses betrachtet wird. Sonst ist Ungemeinschaftlichkeit und sein entsprechender Ausdruck in der Trennung der Güterverhältnisse, das Vorwaltende in dieser Ehe, wie denn in der folgenden Darstellung dies sich weiter ergeben wird.

Da sich die Römische Geschichte auf dem Gebiete der individuellen Freiheit bewegt, und zwar der Kampf der individuellen Freiheit mit dem Substantiellen ist, so folgt,

Digitized by Google

daß die Römische Ehe, noch weit mehr wie die Griechische, strenge Monogamie seyn müsse. [70]) Das polygamische Moment, das sich also noch etwa in der Hellenischen Welt finden möchte, ist in der Römischen vollständig verbannt. Dieses polygamische Moment der Hellenischen Ehe, ist das gleichzeitige Vorhandenseyn des Kebsweibes (παλλακὶς) mit der rechtmäßigen Ehefrau. [71]) Denn die Einführung des Römischen Concubinats, welche eine Licenz der Kaiserzeit ist, und ein Surrogat für die schwierig gewordene Ehe darbieten sollte, [72]) beruht zuvörderst auf dem Grundsatze, daß gleichzeitig neben demselben keine Ehe gedacht werden kann (Eo tempore, quo quis uxorem habet, concubinam habere non potest. [73]) Dieser Grundunterschied einer Römischen Concubine und der Griechischen παλλακὶς [74]) wird auch von den Römischen Juristen anerkannt, wie aus folgender Stelle hervorgeht.

l. 144. de verb. sign. (50. 16.) (Paulus.)

Libro memorialium Massurius scribit, pellicem apud antiquos eam habitam, quae cum uxor non esset cum aliquo tamen vivebat, quam nunc vero nomine amicam, *paulo honestiore concubinam appellari*. Granius Flaccus in libro de jure Papiniano scribit pellicem nunc vulgo vocari, *quae cum eo cui uxor sit, corpus misceat*: quosdam eam quae uxoris loco sine nuptiis in domo sit, quam παλλακὴν Graeci vocant.

---

70) S. 1sten Band, S. 31.

71) S. 1sten Band, S. 297.

72) l. 3. §. 1. D. h. t. (25. 7.) l. 5. C. ad S. C. Orphit (6. 56.)

73) Pauli rec. sent. II. 20. 1.

74) Auch πάλλαξ oder παλλακή.

Digitized by Google

Das strenge monogamische Princip, welches keine Concubine neben einer Ehefrau gestattet, gestattet eben so wenig die Gleichzeitigkeit mehrerer Concubinen [75]) so daß selbst dieses Verhältniß von dem Princip einer gewissen Sittlichkeit durchdrungen ist. Der Unterschied zwischen dem Concubinat und der Ehe wird daher mehr in der Würde und in den Wirkungen, als in der Sittlichkeit der Sache selbst gefunden (sane enim, nisi dignitate nihil interest. [76]) Das Concubinat ist daher als eine Ehe zu betrachten, die da statt findet, wo der sogenannten Ehe Schwierigkeiten in den Weg treten. [77]) Wie die christlichen Kaiser selbst dieses Concubinat erschwert haben, gehört nicht hierher, weil es einem anderen Principe zuzuschreiben ist.

Wenn die eine Römische Ehe nun aber auch die Gegensätze, die sich innerhalb ihrer aufthaten, überwunden hat und in dem monogamischen Verhalten diese Einheit noch mehr bekundet, so ist doch noch ein Gegensatz übrig, der erst in der völligen Auflösung des Römischen Geistes, als vollständig besiegt, anerkannt werden kann. Die Griechen, als das seinem Principe nach nicht erobernde, aber in dem beschränkten Raum seine eigene Schönheit genießende Volk, hat die Welt außer sich, als die unschöne rechtlose Welt, als die Welt der Barbaren. Rom, indem es diese Welt allerdings auch außer sich hat, hat jedoch als die Welt des Kampfes die Aufgabe, diese fremde Welt zu durchdringen und zur seinigen zu machen. Was in Hellas daher, als das vom Griechischen auf immer geschiedene Barbarische zu betrachten ist, das ist in Rom zum bloß Fremden

75) Cf. Nov. XVIII. cap. 5.

76) l. 49. §. 4. D. de leg. III. (32.)

77) l. 1 — 5 D. h. t. (25. 7.) l. 16. D. de his. qu. ut ind. (34. 9.) l. 38. pr. D. de rebus auct. jud. poss. (42. 5.)

Digitized by Google

und Unrömischen erhoben, dem Römer steht nicht der Barbare, sondern der peregrinus, dem jus civile, das jus gentium entgegen. In Beziehung auf die Ehe, ist in so fern die Römische Ehe, die Ehe eines Römischen Bürgers und einer Römischen Bürgerin (connubium, oder auch justae nuptiae, dafern kein anderes Hinderniß entgegentrat), gegenüber dem matrimonium juris gentium, dessen Wesenheit kurz hier so anzugeben ist, daß die Mutter als das natürliche Moment hier das Vorherrschende ist, daß ihr die Kinder folgen, während beim connubium, der Vater der über die Kinder bestimmende ist, [78]) vorausgesetzt daß dieses connubium nicht bloß ausnahmsweise Latinen oder Peregrinen gestattet wird. [79]) Eben so entgegengesetzt der Ehe ist die geschlechtliche Gemeinschaft der Sklaven (contubernium) von der noch unten zu sprechen ist.

Ist so die Römische Ehe, die nicht allein aus den Gegensätzen der strengen und freien Ehe sich herausarbeitende Ehe, sondern die sich eben so als connubium dem matrimonium juris gentium gegenüber bestimmende, so ist diese eine Ehe hier nun in ihrer oben vorher angekündigten Ungemeinschaftlichkeit darzustellen. Es ist schon in der Einleitung zu diesem Buche [80]) bemerkt worden, daß zwar die Römischen Definitionen keineswegs nach einer solchen Ungemeinschaftlichkeit klingen, daß z. B. von der Ehe gesagt wird, nuptiae sunt conjunctio maris et foeminae et consortium omnis vitae, divini et hu-

78) S. meine Scholien zum Gajus S. 86. u. fg.

79) S. über die Ausnahmen der lex Mensia meine Scholien zum Gajus S. 95. u. fg.

80) S. 1sten Band, S. 26, Note 21.

Digitized by Google

mani juris communicatio [81]) oder auch matrimonium est viri et mulieris conjunctio *individuam vitae consuetudinem continens* [82]), daß aber diese Definitionen nur den Mangel dessen enthalten, was eben die Römische Ehe ist, und daß es durchweg nicht unnatürlich sey, daß solche abstracte Definitionen entstehen, während es mit der Sache sich gar nicht so verhält. Diese Definitionen geben in so fern nur das Gefühl dieses Mangels zu erkennen, und sind somit gleichsam die Verkündiger einer neuen im Christlichen Eherecht heraufbrechenden Zeit *) und als

81) l. 1. D. de ritu. nupt. (23. 2.)

82) §. 1. I. de patria pot. (I. 9.)

*) Als schon dieser Band dem Drucke übergeben war, kommt mir noch eine Schrift zu, unter dem Titel: Das Güterrecht der Ehegatten nach Römischem Recht, von J. C. Hasse. Berlin 1824. Da der Verfasser in diesem Buche die entgegengesetzte Ansicht vertheidigt, und zwar mit einem so ausgezeichneten Talente, recht breit und langweilig zu seyn, daß manche seiner Leser vielleicht einige Ungeduld verspüren möchten diese Ansicht in concentrirterer Weise zu erhalten, so will ich diese Mühe auf mich nehmen. Herr Hasse beginnt sein Buch damit, „daß die Ehe an und für „sich gar kein Recht und kein Rechtsverhältniß, „sondern ein bloßes Factum, ein Naturverhältniß, „eine Vereinigung der verschiedenen Geschlechter," sey, in dem Sinne wie die Römer sich ausdrücken, jus, quod natura omnia animalia docuit (S. 1.) oder videmus etenim caetera quoque animalia, feras etiam, hujus juris peritia censeri. Diese Aeußerung, fährt Herr Hasse fort, „kann allerdings keinen reinen „Begriff der Ehe geben, nur in so weit ist sie wahr, als eine Ver„einigung der beiden Geschlechter des männlichen und weiblichen „vorkommt, und dies sich auch bei Thieren so wie es bei diesen „möglich ist, findet." (Wie tief und geistreich, wie neu zugleich ist diese Bemerkung!) „Sodann liegt auch eine Aehnlichkeit „darin, daß dies bei Menschen, wie bei Thieren etwas bloß Factisches „von der Natur Gegebenes ist, was durch kein Recht geändert, sondern

solche allerdings zu ehren und zu begreifen. Das erste Moment der Ehe ist nun wohl der Boden auf welchem

---

„nur davon vorausgesetzt werden kann." (In wie weit dieser zweite Grund für die Aehnlichkeit des Menschen und des Viehes vom ersten verschieden ist, weiß wahrscheinlich nur Herr Hasse, welcher also fortfährt): „denn daß unter Menschen diese Geschlechtsvereini„gung einen menschlichen Character trägt, ändert darin „nichts, immer ist es mit der menschlichen Natur selbst gegeben (? ? ?) „es liegt auch hier in dem Verhältniß der Geschlechter, welches bei „dem Menschen nur nicht auf Thierisches, sondern auf Geistiges und „Thierisches zusammen, auf Ewiges und Irdisches zugleich berechnet „ist." (S. 2.) (Hört, Hört). „Es versteht sich nun aber, daß „wenn wir von Ehe reden, wir diese Verbindung der Geschlechter „meinen, welche dem Menschen keineswegs mit den Thieren gemein „ist. Jedennoch beruht sie auf Naturnothwendigkeit." Herr Hasse meint nun, der Trieb der Liebe „gehe keineswegs auf „bloße Befriedigung sinnlicher Begierde, auf Erzeugung von Kindern „allein, auf gegenseitigen Beistand im Erwerb, sondern auf Vereini„gung des Lebens überhaupt, ohne daß irgend etwas „davon das Wesen oder auch nur die Hauptsache ausmacht. „Eben diese Vereinigung des Lebens überhaupt, oder des ganzen „vollen Lebens, welche die Natur geboten hat, ist die Ehe und „nichts Anderes. Ihr Begriff ist also zunächst kein juristischer, son„dern ein über alles positive Zwangsrecht, was wir im strengen „Sinn Recht nennen hinausliegender Begriff. Diese Vorstellung von „der Sache kann auch so wenig als die Sache selbst durch das posi„tive Recht geändert werden, und an und für sich ist es gleich„gültig, ob die, welche ein positives Recht schufen, „sich dies so vorstellten oder nicht. Nicht ohne erst den tiefsten Widerwillen zu überwinden, habe ich es über mich vermocht, die eben angeführte Eingangsstelle abzuschreiben, und nur der Wunsch, nichts aus dem Zusammenhange zu reißen, hat mich zum Sieger gegen denselben gemacht. Ich überlasse meinen Lesern das allgemeine Urtheil über den Totaleindruck, und die Entscheidung, ob es eine gelungenere Mischung von trivialen breiten Gemeinplätzen, von Verkennung alles sittlich Substantiellen, von vornehmerer Unphilosophie gebe, als

sich dieselbe begiebt. Dieses ist das Haus domus des Mannes, daher die Ehe ducere in domum oder ducere

---

die eben vorgeführte; hier stehe nur folgendes: Die Ehe soll an und für sich kein Recht sondern nur ein Factum seyn, damit beginnt Herr Hasse sein Buch; dieser Satz ist gleichsam der Grundton des Ganzen und zwar, wie dieses hinterher erläutert wird, weil die geschlechtliche Verbindung ein den Menschen und Thieren Gemeinsames sey. Daß Herr Hasse bei der breiten Paraphrase über das, was er das Factische der Ehe nennt, nichts Anderes hat sagen wollen, wird jeder zugestehen müssen. Was soll aber mit dieser nichtssagenden Leerheit überhaupt gesagt seyn, die Ehe sey ein Factum und kein Recht? Die Ehe ist allerdings ein Factum, denn sie geschieht, sie kommt zur Existenz, aber daß sie dazu kommt, ist eben ihr Recht. Es könnte also eben so gut von jedem Rechte, von jedem Dinge, das überhaupt ist, gesagt werden, es sey ein Factum; die Natur, die Weltgeschichte, Herr Hasse und sein Buch, sind lauter Facta, aber sie haben eben so ihre Berechtigung, wenigstens wird Herr Hasse sie wahrscheinlich dieser Tetras zuerkennen. Wüßte man nicht, woher Herr Hasse diese ganze Phrase, die Ehe sey ein Factum und kein Recht, her habe, nämlich aus dem berühmten Buche des Herrn v. Savigny über den Besitz, das auch so beginnt: der Besitz sey eigentlich ein Factum und kein Recht; man könnte ihn beschuldigen, eine originelle Trivialität gesagt zu haben. Doch das Originelle bei der Phrase des Herrn Hasse ist wirklich folgendes: Der tiefere besondere Sinn des Satzes, die Ehe an und für sich sey ein Factum und kein Recht, muß namentlich nach der hinzugefügten Erläuterung, daß sich dieses auf die Gemeinschaft, die zwischen Menschen und Thieren hierin herrscht, beziehe, dahin deutlicher ausgesprochen werden, zwischen der Ehe und der Begattung sey kein gewaltiger Unterschied. Dies ist also das Mysterium des Herrn Hasse, hinc illae lacrymae, und es ist nun nicht mehr auffallend, warum eine so hochgelehrte und vornehme Abtheilung in Factum und Recht angenommen wurde, weil es sich nicht geschickt hätte, so ganz grade heraus von einer Ehe der Hunde, Katzen und Pferde, und von einer Begattung der Menschen zu sprechen. Also dies wollte Herr Hasse mit den vielen

Digitized by Google

schlechtweg heißt. Diesem Anfangspunkte der Ehe geht aber die Entscheidung voran, ob die Ehe eines Römers

---

oben citirten Worten andeuten, daß die Ehe eigentlich nichts weiter sey als Begattung, quod natura omnia animalia docuit. Denn er ist ja so überdreist, zu sagen: „denn daß unter Menschen diese Geschlechtsvereinigung einen menschlichen Character trägt, ändert darin nichts", heißt das nicht mit anderen Worten? die Ehe, mag sie noch so sehr der sittliche Ausgangspunkt der Familie der bürgerlichen Gesellschaft, des Staates seyn, bleibt ihrem Grundwesen nach nichts, als dieses Thierische der Begattung, denn das Menschliche der Ehe soll in diesem Grundwesen des Thierischen nichts ändern. Also Herrn Hasse ist es durchweg unbekannt, daß das Thierische der Begattung, das Moment der natürlichen Lebendigkeit in der geistigen und sittlichen Gestalt der Ehe zu einem bloßen Momente herabgesetzt ist, daß die Sittlichkeit der Ehe eben darin besteht, das blos Natürliche der Begattung in seiner Befriedigung verschwinden zu lassen, und daß, wie alles Geistige sich überhaupt darin manifestirt, daß es das bloß Natürliche nicht von sich weist (was hier die platonische Liebe oder das Mönchische S. Hegel Rechtsphilosophie S. 170 wäre), sondern überwindet, hier eben so, das was der thierische Ausgangspunkt die Begattung ist, so von dem Geistigen des sittlichen Zustandes überwältigt wird, daß es keineswegs mehr als das durchweg Berechtigte hervortreten darf. Aber könnte man erwiedern wollen, Herr Hasse hat ja von dieser sittlichen Substanz der Ehe ebenfalls gesprochen, indem er meint, die Ehe gehe „nicht allein auf Thierisches, sondern auf Geistiges und „Thierisches zusammen, auf Ewiges und Irdisches," und wenn wir von der Ehe reden „wir diese Verbindung der Geschlechter meinen, „welche den Menschen keineswegs mit den Thieren gemein ist." Aber indem Herr Hasse eben dies Thierische neben das Menschliche setzt, das Irdische und das Ewige trennt, (irdisch und Ewig sind hier unpassende Worte, da es wohl Natürlich und Geistig heißen sollte), zeigt er eben nicht zu wissen, wie das natürliche Moment, das Moment der thierischen Lebendigkeit, das vollständig in der Geistigkeit und Sittlichkeit der Ehe erlöschende Moment ist, und daß, wenn von der Ehe die Rede ist, dies Moment der Natürlichkeit

Digitized by Google

und einer Römerin überhaupt, als eine gültige zu betrachten sey. Folgende Ehehindernisse sind aber zu bemerken,

---

gar nicht zu übersehen, aber nicht zur Hauptsächlichkeit hervorzuheben, am wenigsten wie Herr Hasse thut, zu dem zu machen ist, was an und für sich die Ehe sey. Das eben, daß die Römer, wenn sie von der Ehe sprechen, sich der Worte bedienen: videmus enim cetera quoque animalia istius *juris peritia* censeri, mag ein Beweis von der Stufe seyn, auf der bei ihnen die Ehe gestanden hat, und gegen die anderen Definitionen gehalten werden, die den Character wahrer Sittlichkeit an sich zu tragen scheinen. Aber wenn Herr Hasse keine der Einzelnheiten, als Kindererzeugung, Beistand im Erwerb u. s. w. gelten lassen will, und von ihnen sagt, nichts von allem dem sey das Wesen, sondern „die Vereinigung des Lebens überhaupt „oder des ganzen vollen Lebens welche die Natur geboten hat", so ist eben dieses s. g. volle Leben, das sich in nichts einzelnem gliedert, und in keiner Besondernheit diese Allgemeinheit erscheinen läßt, das durchweg leere und abstracte Leben, weil das volle Leben sich in jeder einzelnen Erscheinung als dieses volle Leben eben so aufzeigen lassen müßte. Bei dieser ganz ohne Scheu ausgesprochenen durchweg materialistischen Ansicht von der Ehe (ein crasserer Materialismus findet sich doch wohl bei keinem der Encyclopädisten,) ist nun das possierlichste folgender Epilog des Herrn Hasse (S. 4. 5.) „Bedürfte „es für diese allerdings ideale Ansicht eines Beweises, so „würde er damit gegeben seyn, daß das mit der größten Kunst aus„gebildete römische Recht und das teutsche Recht, aus einer „Zeit, wo es diesem an aller Technik fehlte, dieselbe gleich deutlich „ausgesprochen." Die Ansicht des Herrn Hasse verhält sich allerdings zu einer idealen, und zu Ideen überhaupt, wie das Römische Eherecht zum Christlich-germanischen, aber es kann durchweg keinem Manne, der Ehe und Begattung der Hauptsache nach für identisch hält, zugemuthet werden, einen Unterschied zwischen der Römischen und Germanischen Ehe zu finden, welche, das kann man Herrn Hasse zugeben, nicht so weit auseinanderliegen, wie die Ehe und das s. g. Ehefactum. Es zeigt bei allem Vornehmthun, von der unglaublichsten Oberflächlichkeit, wegen einiger Phrasen über die Heiligkeit der Ehe, die fast bei allen Völkern gleichlautend sind, (Herr Hasse

Digitized by Google

die Impubertät eines der Ehegatten, [83]) zu nahe Verwandtschaft, [84]) Zeugungsunfähigkeit eines Castraten, der Stand eines Senators, in so fern er eine Freigelassene heirathen will, [85]) nach der lex Julia et Papia Poppaea, das Verhältniß eines Praeses Provinciae zu einer Pro-

---

(S. 19.) citirt sogar selbst die Stelle aus Menu IX. 45. „Der „Mann und seine Frau sind eine Person, der vollkommene Mann, „besteht aus sich selbst, seinem Weibe und seinem Sohne," und doch ist sogar Herrn Hasse Polygamie und Monogamie nicht dasselbe,) während der Begriff der Ehe sich so verschieden gestaltet, eine Gleichheit des Zustandes der Ehe bei ihnen anzunehmen, und weil des Schwabenspiegels kräftiger Spruch „Mann und Weib die recht und „redlich zur Ehe gekommen sind, da ist nicht Zweiung an, es nicht ist, denn ein Leib, mit dem consortium omnis vitae, oder der individua consuetudo zu stimmen scheint, oder weil das Canonische Recht die Römischen Ausdrücke zu seinen ganz andren Bestimmungen wählt, eine Identität so ganz verschiedenartiger Begriffe zu behaupten und dadurch die gräulichste Confusion herbeizuführen. Man kann von den Römern sagen, nur die Ehre des Mannes, dieses äußerlich Erscheinende, habe die Frau mit dem Manne getheilt, nicht die Liebe, denn diese äußert sich nicht in der bloß gesagten und erscheinenden Gemeinschaft, sondern in der wirklichen des Ineinanderseyns, des Vermögens u. s. w., und was auch Herr Hasse mit seinem Vorwande der „Verwechselung des Factischen und Juristischen der Ehe" (S. 11.) (eben daß das s. g. Factische mit dem Juristischen gar nicht übereinstimmt, macht hier den Mangel aus,) sagen mag, er wird niemals über das Verbot der Schenkungen, über die actio legis Aquiliae, die beide Ehegatten gegen einander haben, oder über die in eine actio rerum amotarum verwandelte actio furti hinwegkommen. Doch darauf kommen wir in einer anderen Note zurück.

83) pr. I. h. t. (I. 10.)

84) Die Römer hatten hierüber vollständig reine Vorstellungen, nur daß in einigen entfernteren Graden häufig die Zeiten hierin eine Aenderung brachten. §. 1. — §. 11. I. h. t. (I. 10.)

85) Ulp. Fragm. Tit. XIII. l. 44. D. de n. f. (23. 2.)

Digitized by Google

vincialin, [86]) oder eines Vormundes, und derer, die in seiner Gewalt sich befinden zu dem Mündel [87]) u. s. w. Sind aber keine Ehehindernisse vorhanden, so ist die deductio in domum der Ausgangspunkt der Ehe, weswegen auch eine anwesende Frau [88]) den abwesenden Mann, nicht aber umgekehrt die abwesende Frau den anwesenden Mann schon während der Abwesenheit heirathen kann. *)

---

86) l. 57. 63. D. h. t. (23. 2.)

87) l. 59. l. 62. §. 2. l. 66. D. h. t. (23. 2.)

88) l. 5. D. h. t. (23. 2.)

*) Ich kann mich nicht enthalten, hier eine ganz ausgezeichnet compendiöse geist- und gedankenvolle Stelle aus dem Buch des Herrn Hasse, über diese deductio in domum mitzutheilen, da das Ignoriren so wichtiger Entdeckungen, als da vorkommen, nun einmal meine Sache nicht ist. Derselbe sagt S. 101. „Soll also das deducere „in domum nicht blos als Bezeichnung, sondern als That„sache worauf es ankommt sich zum Anfang der Ehe verhalten, so „muß damit das nude Factum des Hineintretens der Frau in das Haus des „Mannes verstanden werden; dies erklärt sich nun aber auch gar „nicht schwer. (Es ist aber wohl noch keinem Menschen eingefallen zu glauben, daß sich dieses nude Factum schwer erklärt, oder überhaupt erklärt zu werden brauche.) „Das vereinigte Leben beider „muß einen Wohnsitz haben, wo beide die regelmäßigen und unregel„mäßigen Entfernungen" (das Spazierengehen und Verreisen) „ab„gerechnet, unzertrennlich sich zusammen aufhalten, und wohin selbst „jene Entfernungen immer wieder als zu ihrem Mittel„punkte zurückkehren. Dieser Ort, die gesammte Heimath beider, „kann nach dem natürlichen und bürgerlichen Verhältniß der Geschlechter „kein andrer seyn, als das Haus des Mannes, als des Hauptes der Familie, „dessen Rang und Würde die Frau theilen soll, nicht etwa nur „sein eigenthümliches Haus, sondern natürlich auch „wenn er zur Miethe wohnt" (Herr Hasse hat hier scharfsinnig genug die Entdeckung gemacht, daß ein Römer, der zur Miethe wohnte, darum doch eine Ehe eingehen konnte) „ja sogar, wenn der

Die Gemeinschaft der Ehe kann nun namentlich nach zweien Seiten hin betrachtet werden, deren Einheit die Ehe selbst ist, die Gemeinschaft nach ihrer äußerlichen erscheinenden Existenz, dann aber nach der Seite der Innerlichkeit. Die erste Seite könnte man die Ehre der Ehe, die zweite die Liebe nennen. Was nun diese erste Seite betrifft, so gilt von ihr Folgendes. Die Römer, als das Volk der hervortretenden und kämpfenden Individualität, haben die volle Ehre dieser Individualität zu ihrem Principe, deren jeder Römische Bürger theilhaftig ist. Dieses bestimmt aber zunächst den Zustand und das Verhältniß der Frauen. In Griechenland hat die Frau auch schon die Ehre der Gleichheit, denn sie ist eine Bürgerin, wie ihr Mann ein Bürger ist; aber hier ist noch dieses unfreie Orientalische Princip durchscheinend, welches die Frauen aus der Gesellschaft überhaupt an das Innere des Hauses weiset.

„Mann zu der Frau in ihr Haus zöge, indem er sie heirathet, was „gewiß bei den Römern noch viel seltener als bei uns, aber doch „möglich war, so würde dies so gut seyn, wie deductio in domum." Wer aber nun hiermit diese „nicht schwere Erklärung," daß domus nicht eigentlich das Haus, sondern das Wohngebiet des Mannes sey, für beendigt hält, der irrt sich. S. 103 u. folg. erhalten wir noch die ganz unverhoffte Belehrung, daß auch zwei Leute auf der Reise sich verheirathen, und daß hinterher den Mann der Schlag rühren könne. S. S. 103. Note 155, daß der Mann im Augenblicke der Heirath noch keinen Wohnort habe könne, wenn er z. B. ein Schiffer ist, S. 104., in welchem Falle das Schiff domus mariti (vorzüglich nach alt-englischen Gesetzen) seyn würde u. s. w. Diese Langweiligkeit und ganz ertödtende Breite über ein leeres Nichts nennt Herr Hasse S. 105 ergötzlich genug „eine Entwickelung aus der Natur „der Sache, wobei er sich nicht länger, als römische Juristen wohl „pflegten, aufgehalten habe." Ist er wohl im Stande das Talent eines solchen Viel Lärmen um Nichts bei einem einzigen Römischen Juristen aufzuweisen?

Die Gleichheit der Frau leidet in so fern, als sie die, durch zwingende Sitte zurücktretende ist. [89]) Die Ehre nun, die schon in Hellas den Frauen geworden ist, muß sich in Rom zu einer weit höhern Stufe, ja zur Stufe der völligen Gleichheit erheben. Man braucht hier fast nur an die Ehre und Achtung zu erinnern, die mit den Vorstellungen einer Römischen Matrone oder materfamilias verbunden waren; denn eben, weil in Rom das Substantielle der Naturnothwendigkeit, welches in Hellas noch als Sitte vorkommt, im Kampfe mit dem Individuellen sich befindet, und Alles sich zur Individualität herausarbeitet, so ist hier der Gegensatz der beiden Geschlechter eben so nur vorhanden, um die Gleichheit beider zum Resultate zu haben. In den Zeiten der Republik, wo das Substantielle noch nicht ganz niedergekämpft ist, ist allerdings die Ehrbarkeit und Zucht der Frauen, dieses noch von der Sitte Festwurzelnde, sichtbarer, und die Zurückgezogenheit bietet das großartige Schauspiel des Bewußtseyns der Nothwendigkeit dieser Zurückgezogenheit dar. Aber der Zügellosigkeit der Frauen gegen das Ende der Republik und in der Kaiserperiode, liegt so wenig ein andres Princip, als dieser Ehrbarkeit zu Grunde, daß sie sich überhaupt zu dieser wie die Kaiserperiode zur Republik verhält, und daß in ihr noch weit mehr jene Gleichheit, und die freilich von der inneren Selbstbestimmung entblößte Ehre der Frauen hervortritt, als dieses in Gestalt der Züchtigkeit der Fall war. Wenn wir daher in der Republik, wie auf Heroen so zum erstenmale in der Geschichte auf Heroinen stoßen, und der Beginn der Republik ist ja selbst der Act dieses weiblichen Heldenthums (Lucretia), so ist es dieselbige Ehre der Frauen, die ihnen, als Rom

89) S. 1. Band S. 300.

in allen Beziehungen aus dem Heldenthum in das Privatleben herabgesetzt war, einen so wichtigen Theil dieses Privatlebens zuweist, und die Declamationen der Schriftsteller gegen die Frauen dieser Zeit würden verschwinden, wenn die Weiber im nothwendigen Zusammenhang mit der Zeit überhaupt betrachtet würden.

Diese Ehre und Gleichheit der Frauen ist es, welche als die eine Seite der Ehe in Rom ihre vollständige Befriedigung erhält. Sie kann auch wohl so ausgedrückt werden, daß in Rom die Frau auf das Vollkommenste dem Stande und der Würde des Mannes gefolgt sey. Diese Würde und dieser Stand ist auch das Bezeichnende für die Frau, und die veränderte Ehe giebt der Frau einen veränderten Stand, je nach dem Stande des Mannes. [90]) Ueberall wo von der Ehe die Rede ist, ist die Liebe in diese Ehre und Würde gleichsam übersetzt. So heißt es von der Frau, *claritas*, quae *beneficio* mariti tibi parata est, [91]) oder auch mulieres *honore* maritorum erigimus et genere nobilitamus, [92]) oder auch *honore pleno* mulierem deligere, [93]) oder wie auch schon angeführt worden ist, es wird von der Ehefrau und der Concubine gesagt, nisi *dignitate* nihil interest. [94]) Hierauf, wenn man es etwa nicht als Vorahnung einer künftigen tieferen Zeit, wie oben bemerkt worden, betrachten wollte, könnten die Definitionen consortium omnis vitae, die individua consuetudo, oder die communicatio

90) l. 10. C. h. t. (5. 4.) l. 13. C. de dign. (12. 1.) und dieselbige Stelle in l. 9. C. de incolis (10. 39.)

91) l. 10. C. h. t. (5. 4.)

92) l. 13. C. de dign. (12. 1.)

93) l. 16. §. 1. de his, quae ut ind. (34. 9.)

94) l. 49. §. 4. de leg. III. (32.)

Digitized by Google

humani et divini juris bezogen werden, denn das ganze Leben ist den Römern dieses äußerlich erscheinende Leben, weil die Tiefe des Gemüths im Alterthume überhaupt noch nicht erstanden ist. In Beziehung aber auf die Ehre des Menschen, namentlich in seiner Gestalt als Bürger, giebt die Ehe, wie die ganze Geschichte des Römischen Volkes, ein vollständig befriedigendes Bild.

Die zweite Seite der Ehe aber, die oben angegeben worden ist, die innerliche Seite, oder die Seite der Liebe, ist in der Römischen Ehe eben so leer ausgegangen, als jener ersten Seite der Ehre ihre Befriedigung geworden ist. In Beziehung auf diese Seite der Liebe läßt sich die vollständigste Ungemeinschaftlichkeit auf das Bestimmteste erweisen. Die Gemeinschaft der Ehe manifestirt sich aber namentlich in folgenden zweien Momenten, die nun näher zu betrachten sind

I. in den Vermögensverhältnissen der Ehegatten,

II. in der Dauer der Ehe oder in ihrer Diremtion, d. h. in den Ehescheidungen.

I. Die Vermögensverhältnisse. Sie zerfallen in folgende drei Momente:

1) Die Vermögensverhältnisse, welche durch die Ehe bezeichnet werden, und auf welche daher eine gemeinschaftliche Beziehung der Ehegatten statt findet, (dos, donatio propter nuptias.)

2) Die Vermögensverhältnisse, zu denen sich die Ehe als das ganz Gleichgültige verhält, so daß eine vollkommene Ungemeinschaftlichkeit sichtbar ist (Paraphernen, actio legis Aquiliae, actio rerum amotarum.)

3) Die Vermögensverhältnisse, bei denen sich die Ehe als das Hemmende erweist, und wodurch die höchste Spitze der Ungemeinschaftlichkeit ausgedrückt ist, (verbotene Schenkung unter Ehegatten).

1) Ehe wir die Römische dos betrachten, wird es nöthig seyn einen vergleichenden Rückblick auf die vorangegangenen geschichtlichen Standpunkte zu werfen. In den Orientalischen Rechten wird durchweg nicht von einer dos gesprochen, denn weil die Frau ein Eigenthum ihres Mannes ist, so kann nur von dem, was für sie gegeben wird, also von dem Kaufpretium, oder von der Morgengabe, insofern sie als die sich selbst verkaufende betrachtet wird, die Rede seyn. Wenn das Talmudische Recht die dos kennt, [95]) so ist gezeigt worden, daß dieses die Rückwirkung des Griechischen und Römischen Rechts sey, keineswegs aber dem Talmudischen Recht selbst ursprünglich. In Griechenland ist es zuerst, wo die Selbstständigkeit und Freiheit der Frau sich in der Sphäre des Vermögens geltend macht, welches sie dem Manne zubringt, so daß fast keine rechtmäßige Ehe ohne dos denkbar ist. *) Diese dos ist es nun, mit den von ihr abhängigen Bestimmungen, welche in Rom zu vollständigerer Ausbildung, als dieses in Griechenland der Fall seyn konnte, gelangt ist.

Die Aehnlichkeit, welche die Römische strenge Ehe mit der Orientalischen hatte, ließe eigentlich in Beziehung auf dos von derselben behaupten, daß eine dos hier gar nicht statt gefunden habe, denn die in die manus des

---

95) S. 1sten Band, S. 142.

*) S. 1sten Band, S. 302; hier war gesagt worden: „es kann „keine Athenäische Ehe ohne dos überhaupt gedacht werden," mit Beziehung auf den Unterschied von Concubinen und Ehefrauen, dagegen 1sten Band, S. 405 gesagt ist: „Das Griechische Recht zuerst „ist es, worin fast keine rechtmäßige Ehe, ohne dos denkbar ist." Meier und Schömann haben in ihrem ausgezeichneten Werke: Der attische Proceß, Halle 1824, Zusätze S. XIX, gegen die erste Stelle S. 302 erinnert, daß die dos nur in der Regel statt fand; eine Rüge, die S. 405 in dem Wörtchen fast, schon von selbst liegt.

Digitized by Google

Mannes übergehende Ehefrau fällt ihm mit ihrem ganzen Vermögen anheim, und das, worin eigentlich die Selbstständigkeit der Frau liegt, die dos, ist demnach nicht denkbar. Aber in so fern selbst bei der strengen Ehe, eine Auflösung der Ehe nicht allein möglich ist, sondern durchweg nicht schwierig war, tritt in Beziehung auf ihr eingebrachtes Vermögen die Frau wieder in ihre Selbstständigkeit zurück, und wovon beim Anfang einer Ehe nicht die Rede seyn konnte, von einer dos, davon kann bei der Auflösung der Ehe allerdings gesprochen werden. Darum sagt Cicero [96]) mit Recht, cum mulier viro in manum convenit, omnia quae mulieris fuerunt viri fiunt *dotis nomine*.

Ist aber im Allgemeinen von einer dos die Rede, so ist die freie Ehe namentlich das Gebiet, auf dem sich die selbst aus der Freiheit hervorgehende dos bewegt. Diese Sphäre des Vermögens, in der die Frau ihre Selbstständigkeit darstellt, der Frau, wenn sie sie nicht von selbst hat, zu verschaffen, oder die Pflicht zu dotiren, ist schon im Attischen Recht, als eine heilige, fast religiöse Pflicht dargestellt worden, die nur quantitativ für die Pentakosiomedimnen, Ritter und Zygiten verschieden war. Demosthenes beklagt nicht so sehr den Verlust seines Vermögens, als daß er durch des Aphobus Schuld seine Schwester zu dotiren unfähig sey. [97]) Dieselbige Wichtigkeit wird nun auch im Römischen Rechte auf die Pflicht zu dotiren gelegt. Bei Plautus [98]) wird schon die Ehefrau von der Concubine durch die dos unterschieden, und mehrere

96) Topica cap. 4.

97) S. 1. Band S. 302 u. folg.

98) Trinummus Actus III. Sc. 2. v. 63 et sqq. Sc. 3. v. 3. et sqq. Conf. Aulul. Act. II. Sc. 2. v. 14. 15. Freilich sind die Auftretenden hier Griechen, aber bei den Rechtsverhältnissen wird doch nur an Römisches Recht gedacht.

Digitized by Google

Pandektenstellen behaupten, daß der Staat, bei Constituirung und Erhaltung der dotes interessirt sey. (Reipublicae interest, mulieres dotes salvas habere, propterquas nubere possunt, oder auch publice interest dotes mulieribus conservari cum dotatas esse feminas ad sobolem procreandam replendamque liberis civitatem maxime sit necessarium. [99]).

Wie sehr nun aber auch die Nothwendigkeit der Dotirung anerkannt ist, so will doch der Grundbegriff der Römischen Familie, der nur den Gegensatz der Gewalt einerseits, und die Liebllosigkeit andrerseits darbietet, daß die auf der Familie und ihrer Substantialität beruhende Pflicht der Dotirung nicht so durchgreifend sey wie im Attischen Recht, sondern in der Zerrissenheit der Römischen Familie, nur innerhalb der Gewalt gefunden werde, also vielmehr dieser, und nicht der Familie zugehöre. So wie es glaublich ist, daß eine Pflicht zu dotiren vor Augustus überhaupt nicht existirte, so sehr ist es lediglich der Gewalthabende Vater oder weitere Ascendent, der zur Constituirung einer dos, nach Maßgabe der Umstände [100]) angehalten werden kann; denn es ist noch zweifelhaft, ob selbst späterhin, als die Emancipation nicht mehr allen substantiellen Zusammenhang der Familie aufhob, eine vollständige Pflicht, die emancipirte Tochter zu dotiren, vorhanden war, [101]) wenigstens ist eine Pflicht der Mutter, oder der Geschwister zur Dotation durchweg nicht vorhanden, und die schwachen Spuren, die man für dieselbe hat auffinden wollen, zeigen eben am Besten, daß hier

99) l. 1. D. sol. matr. (24. 3.) l. 2. D. h. t. (23. 3.)

100) l. 19. D. de ritu. nupt. (23. 2.) l. 5. pr. §. 1. h. t. (23. 3.) l. 6. D. de collat. (37. 6.)

101) l. 7. C. de dotis prom. (5. 11.)

Digitized by Google

mehr von Liberalität, als von gesetzlicher Nothwendigkeit die Rede ist. [102])

Trotz dem also, daß die dos, die vom Vater oder väterlichen Ascendenten überhaupt ausgeht, selbst wenn sie der emancipirten Tochter gegeben wird, profectitia heißt, und trotz der Ulpianischen Aeußerung, non jus potestatis sed parentis nomen dotem profectitiam facit, [103]) ist doch die Römische Pflicht zu dotiren, nicht wie die Attische, eine substantielle der Familie angehörige Pflicht, sondern sie beruht gradezu auf dem jus potestatis, mag auch der Name dos profectitia, von jeder väterlichen dos gebraucht werden.

Dieser Familiendos steht nun dem Gesetze, der Römischen Geschichte zufolge, die dos der Willkühr, die dos adventitia gegenüber. Es ist diejenige, die von jedem Anderen, als dem verpflichteten Ascendenten ausgeht. (Dos adventitia est, quae a quovis alio, quam a patre mulieris data est), [104]) also die dos, die entweder die Frau sich selbst bestellt, oder die ein dritter Unverpflichteter ihr constituirt. Für diese dos, die die Frau sich selbst bestellt, giebt es sogar eine eigene Tutel. [105]) Die dos adventitia heißt receptitia, sobald der Geber sich den Rückfall bedungen hat. [106])

---

102) l. 14. C. h. t. (5. 12.) „nisi ex magna et probabili „causa vel lege specialiter expressa." l. 12. §. 3. D. de adm. et per. tutorum.

103) l. 5. §. 11. h. t. (23. 3.)

104) Ulp. Fragm. VI. §. 3. l. 5. D. h. t. (23. 3.) Die Eintheilung in dos necessaria und voluntaria hat nicht die Römischen Namen für sich.

105) Ulp. XI. §. 20.

106) Ulp. VI. §. 5. l. 31. §. 2. D. de mort. caus. don. (39. 6.)

Digitized by Google

Als Form der Constituirung der dos kommt im älteren Recht eine dreifache vor, dotis dictio, dotis promissio, dotis datio. [107]) Die dotis dictio, ein weniger förmliches Mitgiftsversprechen, stand nur der Frau selbst, ihrem väterlichen Ascendenten und ihrem Schuldner zu, [108]) die dotis promissio und datio jeglichem Constituenten. Theodosius der Zweite jedoch läßt die Bestellung der dos, durch jede beliebige Form des Ausdrucks gelten. [109]) Auch durch ein Legat kann die dos bestellt werden.

Die dos ist der Ausdruck der Freiheit und Selbstständigkeit der Frau in der Sphäre des Vermögens: sie ist bei der sonstigen Ungemeinschaftlichkeit der Römischen Ehe das Vermittelnde derselben, das worin Mann und Frau zusammenkommen, und sich mit ihren Rechten begegnen. Dieses ist der Grund des Streites, der beständig unter den Juristen herrschend war, ob der Mann oder die Frau das Eigenthum der dos habe, [110]) und welchen man durch allerlei Distinctionen zu schlichten gesucht hat. Da die dos gleichsam das ist, was die Frau in ihrer Freiheit für die Ehe zahlt, so folgt, daß während der Ehe, der Mann als Eigenthümer der dos ganz ohne Rücksicht darauf, woraus die dos bestehe, betrachtet werden müsse. [111]) Weil aber die Ehe nicht den Character der Unauflöslichkeit

---

107) Ulp. VI. §. 1.

108) S. mein Römisches Obligationenrecht S. 34. 35.

109) l. ult. C. Th. (h. t.) (3. 13.)

110) Conf. Cujacii obs. X. 52. Donelli Comm. X. 4. und v. Löhr Magazin f. R. IV. S. 57 — 77.

111) l. 7. §. 3. l. 9. §. 1, D. h. t. (23. 3.) l. 3. §. 1. D. de pub. i. r. a. (6. 2.) l. 3. §. 21. D. de a. v. a. p. (41. 2.) §. 40. I. de rer. div. (II, 1.) l. 7. C. de serv. p. d. (7. 8.) pr. I. quib. ali. lic. (II. 8.)

Digitized by Google

hat, sondern in ihrer Ungemeinschaftlichkeit während des Bestehens, zugleich ihre eigene Zerstörung in sich trägt, ist das Eigenthum des Mannes an der dos mit der steten Reflexion behaftet, was aus diesem Eigenthum nach aufgelöster Ehe werden solle. Dieses ist die Seite der Berechtigung der Frau an der dos, welches Moment durchweg mit der Vorstellung der Auflösung der Ehe angethan ist.

Indem die leere und quantitative Mitte dieser beiden Gegensätze nun ist, daß der Mann während der Ehe nur bestimmte Rechte an der dos habe, sind diese Rechte folgende. Der Mann hat, in Beziehung auf die dos, alle Klagen selbst gegen seine Frau, [112]) ein Beweis mehr, wie auch hier die Ungemeinschaftlichkeit ihr Wesen treibt, er hat die Benutzungs- und Veräußerungsrechte, [113]) mit Ausnahme des fundus dotalis, dessen Alienation die lex Julia, zwar nur auf Italische Grundstücke, und auf die Einwilligung der Frau beschränkt, spätere Constitutionen aber durchweg verbieten. Es ist gesagt worden, daß die Berechtigung der Frau an der dos während der Ehe die beständige Reflexion der Trennung der Ehe in sich enthalte. Diese Reflexion ist aber noch nicht in ihrer Stärke vorhanden, so lange die Auflösung der Ehe, die bloß natürliche Auflösung (Tod) nicht die geistige (Scheidung) ist. So lange daher keine Scheidungen in Rom statt fanden, (nullis etiam tunc matrimoniis divertentibus) findet auch keine Form statt, welche sich auf die Rückgabe der dos bezieht, nullas rei uxoriae neque actiones, neque cautiones in urbe Roma, aut in Latio

112) l. 24. D. de act. rer. am. (25. 2.)

113) S. die oben citirten Stellen.

fuisse.) [114]) Die besonderen Stipulationen (cautiones) die späterhin gefunden werden, so wie das eigene judicium auf Zurückgabe der dos (rei uxoriae actio) erfordern durchweg das vorausgehende Vorhandenseyn der willkührlichen Scheidung der Ehe.

Steht nun aber der Grundsatz der Zurückforderung der dos nach getrennter Ehe fest, so muß sich zunächst ein Unterschied zwischen der Familiendos, (dos profectitia) und der freiwilligen oder willkührlichen dos, (dos adventitia) begeben. Die dos profectitia hat die Substanz des Familienmäßigen an sich; die Familienrechte der Frau bleiben also daran haften, dagegen die willkührliche dos, die dos adventitia, wie sie gegeben ist, alle Beziehung mit dem Geber verliert. Will der Geber eine Beziehung mit der dos behalten, so muß ein besonderer Vertrag darüber statt finden, d. h. die dos adventitia muß receptitia werden.

Wenn die Frau daher in der Ehe stirbt, so erhält der väterliche Ascendent die dos profectitia zurück, so jedoch daß der Mann einen Viriltheil für jedes seiner Kinder behält, die dos adventitia hingegen, verbleibt ohne besondere Stipulation dem Manne. [115]) Wird die Ehe dagegen durch Scheidung getrennt, so fordert die Frau allein, wenn sie sui juris ist, oder mit dem Vater vereint, wenn sie in dessen Gewalt sich befindet, die dos zurück, bei der es nunmehr, in Beziehung auf die Persönlichkeit der Frau, vollkommen gleichgültig ist, ob die dos profectitia oder adventitia sey. [116]) Es ist hier lediglich die Persönlichkeit der Frau, das Berechtigte; ihre Erben haben gegen den Mann nur dann eine Klage, wenn der Mann bei der

114) Gellius noct. att. IV. 3.

115) Ulp. VI. 4. 5.

116) Ulp. VI. 6.

Digitized by Google

Rückgabe der dos in mora war. (Post divortium defuncta muliere, heredi ejus actio non aliter datur, quam si moram in dote mulieri reddenda maritus fecerit. [117]) Der Tod des Mannes während der Ehe hat im Ganzen, in Beziehung auf das Vermögen, die Wirkung der Scheidung.

Die Fristen der Rückgabe, welche sich auf die verschiedenartige Gegenstände der dos beziehen, [118]) so wie die Gegenforderungen des Mannes, welche sich in Form von Retentionen äußern, oder auch die Bestrafung des Mannes, dadurch daß er der Fristen verlustig geht, gehen den Begriff der dos nichts an, und gehören also nicht hierher. [119])

Im neueren Rechte verhält es sich nun mit der Rückgabe der dos also. Endigt die Ehe durch den Tod der Frau, so fordert der väterliche Ascendent die dos profectitia zurück, [120]) die dos adventitia dagegen wird von den Erben der Frau in Anspruch genommen. Lebt die Frau bei der Trennung der Ehe, so fällt ihr die dos adventitia zu, die sie nun, je nachdem sie in der Gewalt ist, oder nicht, allein, oder mit ihrem Vater, fordert. [121]) Die dos profectitia jedoch wird in diesem Falle gemeinschaftliches Eigenthum der Frau und ihrer Ascendenten, welche letztere sie auch mit Zustimmung der ersteren zurückfordert. Nach dem Tode des Vaters verbleibt alsdann der Tochter die dos [122]) Was übrigens der Ge-

117) Ulp. VI. 7.

118) Ulp. VI. 8.

119) Ulp. VI. 9 — 17.

120) l. 6. D. d. j. d. (23. 3.) l. 4. C. sol. matr. (5. 18.)

121) l. 2. pr. §. 1. 2. l. 3. l. 30. §. 1. l. 35. D. sol. matr. (24. 3.) (in Beziehung auf den Patron.)

122) l. 2. §. 1. l. 3. l. 22. §. 1. 3. 6. h. t. (24. 3.) Nov. 97. cap. 5.

Digitized by Google

genstand der Zurückforderung sey, betrifft das rein sachliche Moment, und ist hier nicht zu erörtern. [123])

Vollständig der Griechischen ἀντιφίξη nachgebildet ist die donatio propter nuptias. [124]) Ursprünglich ist dieselbige nichts als ein bloßes Geschenk, das der Mann der Frau vor der Ehe macht, (donatio ante nuptias.) [125]) Diesem Geschenke liegt die beständige Rücksicht zu Grunde, daß es ein Aequivalent für die dos ist, daher denn bei etwaniger Vermehrung der dos während der Ehe, auch die Vermehrung dieser donatio ante nuptias statt fand. Dieser Umstand macht den Justinianeischen Namen für diese Schenkung, donatio propter nuptias angemessener. Wie die Griechische ἀντιφίξη ursprünglich ἀντίμημα oder Pfandbestellung zur Sicherung der dos ist, so ist die donatio propter nuptias nichts als die Gegendos, die der Mann der Frau bestellt, weil nur in dieser Gegenseitigkeit die Anerkennung der Selbstständigkeit beider die Ehe bildenden Theile zu liegen scheint.

2) In der dos und donatio propter nuptias ist nun das Zusammentreffen und die Gemeinschaftlichkeit beider Ehegatten in der Sphäre des Vermögens vollkommen erschöpft. Die Rechte die beide Theile hier ausüben, geben das vollständige Bild dessen, was die Ehe überhaupt an Substantiellem und Zusammenhängenden darbietet. Von allem, was drüber hinausgeht, muß gesagt werden, die Ehegatten sind sich vollkommen fremd, und verhalten sich in den übrigen Vermögensverhältnissen wie sonst gar nicht zu einander gehörige Individuen. Dies ist nun namentlich in folgenden Beispielen klar zu machen.

---

123) S. Thibaut Pandecten §. 462.

124) l. ult. C. h. t. (5. 3.)

125) §. 3. I. h. t. (II. 7.)

Digitized by Google

Von demjenigen Vermögen, das die Frau dem Manne nicht ausdrücklich zur dos giebt, gilt es durchweg, daß der Mann zu demselben in gar keinem Verhältniß steht, (nullam uxore prohibente habeat *communionem*) [126]) Denn daß er die Rechte daran haben kann, die ihm die Frau zu ertheilen für gut findet, unterscheidet ihn nicht von jedem der Frau noch so fremden Individuum. [127]) Höchstens kann das als ein Vorrecht des Mannes angesehen werden, daß die Frau die Verpflichtung hat, dem armen Ehegatten aus ihrem Paraphernalvermögen Alimente zu geben. [128])

Diese Ungemeinschaftlichkeit des Mannes und der Frau, in Beziehung auf das Vermögen, erweist sich nun am stärksten in den Klagen, die beide Ehegatten gegen einander haben. Dahin gehört zuvörderst die actio legis Aquiliae, mit der sich die Ehegatten gegenseitig bei Beschädigungen ihrer Sachen belangen können, [129]) und welche, in so fern sie auf den höchsten Werth, den die Sache in dem letzten Jahre gehabt hatte, geht, (quanti ea res in eo anno plurimi fuerit) und im Läugnungsfall auf das Doppelte zu den gemischten Pönalklagen gehört. [130]) Noch weit mehr erweist sich diese Ungemeinschaftlichkeit aber durch die actio rerum amotarum, in der Alles, was von der Römischen Ehe gesagt worden ist, am stärksten hervortritt.

Es ist nämlich von der Römischen Ehe ausgesagt worden, daß in derselben die Frau der Ehre des Mannes

---

126) l. 8. C. de pactis conv. (5. 8.)

127) l. 9. §. 3. D. de jure dot. (23. 3.) l. 8. C. de p. c. (5. 14)

128) l. 29. C. de j. d. (5. 12.)

129) l. 27. 30. 56. D. h. t. (9. 2.) S. 1. Band S. 26.

130) §. 18. I. de act. (IV. 18.)

aber nicht der Liebe desselben theilhaftig sey. Dieses erweist sich in der actio rerum amotarum, welche nichts als die mit einem andern Namen benannte condictio furtiva ist. [131]) Es wird zwar ausdrücklich zugestanden, daß die Frau ein furtum begehen könne, (furto quidem eam facere, [132]) aber daß die Ehre der Ehe verlange, daß eine turpis actio nicht gegeben werde, (nam in *honorem* matrimonii, turpis actio adversus uxorem negatur). [133]) Diese Ehre der Personen ist es allein, (reverentia personarum) [134]) welche verhindert, daß die aus dem furtum entstehenden infamirenden Klagen nicht statt haben; sonst ist das Verhältniß wie zu jedem anderen Individuum, daher kann gegen die Frau, wenn der Sklave derselben gestohlen hat, die actio furti angestellt werden. [135]) Es ist durchweg dieses Aeußerliche der Ehre, was daran hindert, daß die actio nicht gegen die Frau gestattet werde, denn es heißt uxor et nurus et pronurus viro et socero et prosocero furtum facere possunt, furti autem non tenentur. [136]) Es wird freilich vorausgesetzt, daß bei der Frau zugleich mit der Entwendung der Gedanke an die Trennung der Ehe entstanden sey, [137]) aber diese Trennung kann viel später erfolgen, [138]) und ist nur als der Zeitpunkt der Anstellung der Klage, nicht ihres Grundes zu bemerken. Uebrigens steht diese Klage, eben so der Frau gegen den

131) S. mein römisches Obligationenrecht S. 43. u. fg.
132) l. 1. D. h. t. (25. 2.)
133) l. 2. D. h. t. (25. 2.)
134) l. 3. D. h. t.
135) l. 3. §. 1. D. h. t. (25. 2.)
136) l. 15. §. 1. D. h. t. (25. 2.)
137) l. 21. 25. D. h. t.
138) l. 17. §. 1. D. h. t. (25. 2.)

Digitized by Google

Mann zu, [139]) obgleich sie ursprünglich nur gegen die Frau eingeführt worden ist, (rerum amotarum judicium singulare introductum est, adversus eam quae uxor fuit. [140])

3) Aber die Ehe ist in Beziehung auf die Vermögensverhältnisse nicht bloß das Ungemeinschaftliche, so daß die Ehegatten in das Verhältniß vollkommen fremder Individuen zu einander treten, sondern sie drückt diese Ungemeinschaftlichkeit in einer weit positiveren Weise aus, indem sogar das, was zwischen anderen Individuen erlaubt ist, zwischen Ehegatten verboten bleibt. Schon in der Einleitung zum ersten Bande [141]) ist das Verbot der Schenkungen zwischen beiden Ehegatten, als die höchste Spitze dieser Ungemeinschaftlichkeit bezeichnet worden. Allerdings könnte man, wenn man nicht über die Oberfläche hinausgehen will, in den Gründen, die die Römischen Juristen und Kaiser für dieses Verbot anführen, grade das Umgekehrte, nämlich die höchste Verehrung für die Ehe erblicken wollen, indem man sie von aller Eigennützigkeit frei wissen will. Denn der erste Grund ist, damit sich die Ehegatten nicht gegenseitig ausplündern, (*ne mutuato amore* invicem spoliarentur. [142]) Fernere Gründe sind sodann, weil häufig dadurch, daß der eine Ehegatte nicht schenken wolle, Zwistigkeit in die Ehe gebracht würde, was in Scheidungen ausarte, (quia saepe futurum esset ut discuterentur matrimonia, si non donaret is, qui posset, [143]) weil die Ehen nicht feil seyn, sondern ohne

139) l. 7. D. h. t. (25. 2.)
140) l. 1. D. h. t. (25. 2.)
141) S. 1. Band, S. 26. Note 21. u. fg.
142) l. 1. D. h. t. (24. 1.)
143) l. 2. D. h. t. (24. 1.)

irdischen Nebenzweck bestehen müßten, da der Ruf so eng Verbundener auch geschont zu werden verdiene, (amorem honestum solis animis aestimantes, famae etiam conjunctorum consulentes, ne concordia pretio conciliari videretur. [144]) Wer diese schön klingenden Sätze nur oberflächlich betrachtet, würde nun vielleicht geneigt seyn, das Verbot der Schenkungen grade als den hervorstechenden Zug einer sehr sittlichen Ansicht von der Ehe anzusehen. Aber es ist bereits bemerkt worden, daß die Voraussetzung, daß die Ehegatten sich gegenseitig ausplündern würden, daß dadurch Ehen feil, oder auch aufgelöst werden könnten, selbst schon die Annahme einer so sittlich schwachen Ehe enthält, daß die geringste Berührung mit den Vermögensverhältnissen sie zu erschüttern im Stande wäre. Eine Ehe, die stets die Vermögensverhältnisse als ein Jenseits betrachten muß, mit denen sie in Conflict zu gerathen fürchtet, und nicht vielmehr die Güter als die äußerliche Sphäre der Ehe, selbst innerhalb der Ehe verlegt, und zu einem Momente des gemeinsamen Verhältnisses macht, hat immerfort an diesem Gegenüber, an diesen Schranken, die sie nicht überwinden kann, ihr sie selbst Zwingendes und Beherrschendes; sie hat selbst nur den Werth dieser Schranke, die sie anerkennt, und dadurch ihre Nichtigkeit an den Tag legt. Es ist das weit Höhere anzunehmen, daß das Geschenk des einen Ehegatten, die an sich schon vorhandene freundliche Gesinnung des anderen erhöht, indem so nun die Sache der Ausdruck für diese Gesinnung wird, als zu fürchten, die Sache möchte eben den Zwiespalt in diese Gesinnung bringen, und sie aus dem Grunde zerstören. Diese letzte Annahme macht die Sache zu

144) l. 3. D. pr h. t. (24. 1.)

einem weit Mächtigeren als die Gesinnung selbst, und erniedrigt insofern diese Gesinnung auf das Aeußerste. Ist einmal diese Schranke aufgestellt, so sind alsdann freilich die Sentenzen der Römischen Juristen, daß man den Conflict mit den Vermögensverhältnissen vermeiden, und daß diese Trennung beileibe ganz haarscharf genommen werden müsse, sehr wahr, und zeigen von unendlicher Delicatesse, die aber, wie alle Delicatesse überhaupt, die Voraussetzung hat, daß die Naivität der Gesinnung, und die an und für sich seyende Wahrheit derselben nicht vorhanden ist. Besser wäre es, wenn diese Delicatesse, welche immer mit dem Bewußtseyn eines Jenseits behaftet ist, gar nicht aufzukommen brauchte. *)

---

*) Schon wieder habe ich hier das Unglück in der Ansicht des Herrn Hasse (im oben citirten Buche) das grade Gegentheil des eben von mir Aufgestellten zu finden, und kann daher nicht umhin, wieder auf das genannte Buch zurückzukommen. Doch erfordert dieses eine kurze Angabe dessen, was Herr Hasse von den Vermögensverhältnissen der Ehe überhaupt denkt. Zuvörderst daher folgender vornehmer Anfang S. 14. „Die Rechtswirkungen, die der Ehe beigelegt werden, können insbesondere auch das Vermögen betreffen, „und da könnte man nun denken, es folge von selbst, da „die Ehe ihrem Wesen nach Gemeinsamkeit des Vermögens erfordere, so müsse das positive Recht diese „auch als rechtlich nothwendig anerkennen. Das würde „nun aber durchaus ein Fehlschluß seyn, so viele ihn „auch schon gemacht haben. Der Irrthum beruht auf einer „Verwechselung des Juristischen und Factischen. Herr Hasse meint also, es würde ein Fehlschluß seyn, wenn man etwa glaube, das positive Recht müsse als rechtlich anerkennen, was die Ehe ihrem Wesen nach erfordere, denn er giebt zu, daß die Ehe ihrem Wesen nach, Gemeinsamkeit des Vermögens erfordere, läugnet aber, daß dieses durch das positive Recht anerkannt zu werden brauche. Der einzige Fehlschluß, der hier möglich ist, wäre

Hierher gehört eben so das Verbot der Intercessionen der Frau für den Mann, indessen sind hier nicht sowohl

---

nicht einzusehen, daß ein positives Recht, welches das, was die Ehe ihrem Wesen nach erfordert, nicht enthielte, ein auf einer unteren Stufe stehendes positives Recht sey, und es wäre dann zu der Einsicht fortzuschreiten, warum sich dieses also verhielte. Aber diese Einsicht ist durch Herrn Hasse wohlfeiler zu erlangen, sie beruht auf der berühmten „Verwechselung des Faktischen der Ehe „mit dem Juristischen." Wer nun eben bei Herrn Hasse das Faktische der Ehe, als Begattung sich hat hervorthun, ja sogar die Hauptrolle spielen sehen, würde nun geneigt seyn, hier dieselbe Terminologie zu vermuthen, und zu glauben, der Fehlschluß beruhe zunächst auf einer Verwechselung der Begattung und der Ehe, also auf der Verwechselung des Herrn Hasse selbst. Aber daß hier der Dualismus des Faktischen und Juristischen was Anderes bedeute, erfährt man bald. Herr Hasse fährt nämlich fort (S. 14.) „Man darf nur bedenken, daß hier von Zwangrecht die Rede „ist. Daß Eheleute sich Alles mittheilen was sie ha„ben, ist dem Sinne der Ehe gemäß, aber eben, weil es im „Sinne derselben liegt, kann man sagen, wird es sich von „selbst einfinden, und findet es sich nicht ein, so soll „das Gesetz das nicht erzwingen wollen, da dies frei „seyn muß, wie die Ehe überhaupt, das Wünschenswürdige „ist nicht immer durch Gewalt einzuführen, man würde da oft das „Gegentheil am Ende erreichen u. s. w." Der so vornehm angekündigte „Irrthum der Verwechselung des Faktischen und „Juristischen" wird also zu der wahrhaften Trivialität, man müsse nicht alles durch Gesetz bestimmen wollen, es würde sich schon hübsch von selbst so machen. „Es ist „durchaus nichts Widersinniges," sagt Herr Hasse „daß „ein Recht in dieser Hinsicht die Ehegatten ganz sich selbst überläßt, „und die Gemeinschaft hinsichtlich des Vermögens in keiner Beziehung irdischen (???) Vorschriften unterwirft." (Wie von etwas Anderm als irdischen Vorschriften hier die Rede seyn könne, ist nicht einzusehen, da die Ehe überhaupt irdischer Natur ist.) Dies nun ist die Hauptlehre jener s. g. historischen Juristen, der Anfang

Rücksichten auf das eheliche Verhältniß, als auf die allgemeine Unfähigkeit der Weiber das vorherrschende Princip.

---

und das Ende ihres Wissens, worauf sie beständig zurückkommen, wenn sie sich sonst nicht zu helfen wissen, nämlich der Haß gegen das Gesetz und was damit zusammenhängt, der Haß gegen den Staat, von dem das Gesetz ausgeht. Sie wissen nicht, oder wollen nicht wissen daß das Recht, welches bis dahin noch abstract, und ohne Verwirklichung ist, durch das Gesetz erst zu einem bestimmten wirklichen Rechte erhoben wird, daß es nicht der Zwang ist, der das Gesetz vom Rechte unterscheidet, sondern daß der Unterschied vielmehr darin liegt, daß im Gesetz das Recht die Substanz des Staates, und der wahrhaft concreten Sittlichkeit gewonnen hat. Das bürgerliche Recht ist dann nicht mehr ein bloß formelles und abstractes Recht, sondern indem es in der Gesetzgebung eines bestimmten Staates erscheint, hat es die Natur dieses Staates angenommen, und ist von seinem Wesen überhaupt durchdrungen. Dieselbe schmachvolle Beschränktheit, welche einer Zeit den Beruf zur Gesetzgebung abspricht, dieselbige ist es, die da glaubt, in dem Gesetze dürfe durchweg nicht, was an sich Recht sey, in genauer ausdrücklicher Weise festgesetzt seyn, sondern dies müsse vielmehr jener schwankenden und unsicheren Beliebigkeit überlassen bleiben, welche sie die organische Rechtsbildung nennen, welche aber durchaus nichts ist, als Unsicherheit, Widerspruch und Unstätigkeit des Rechts, wobei sich alberne und leere Partieularitäten, ohne höhere Einheit hervordrängen. Wir sind aber über jene Unmittelbarkeit naiver Rechtsbildungen hinaus, und bei uns ist es wesentlich der Staat, der von allem das Bewußtseyn haben muß, und die letzte Entscheidung über Alles, welche das Gesetz ist. Diese förmliche Gedankenlosigkeit, und der Unterschied den man zwischen Recht und Gesetz annimmt, so daß Gesetz und Gewalt für einerlei (Herr Hasse S. 15.) verschrieen werden, sind es, die auch Herrn Hasse zu dieser scharfsinnigen Aufdeckung eines solchen Fehlschlusses gebracht haben, als der ist, daß das positive Recht, das Wesen der Ehe anzuerkennen brauche. Nachdem nun Herr Hasse erklärt hat, es ließe sich eine Vereinigung oder eine Trennung des Vermögens der Ehegatten denken, aber auch viele „Mittelzustände und Mittelrechte," (was läßt sich nicht alles denken?) kommt er zu dem erbaulichsten aller Resultate. „Was aber das

II. Die andre Seite, die bei der Ehe zu betrachten ist, ist nun die Dauer der Ehe, oder ihre Diremtion durch

---

„Vernünftigste sey, das läßt sich durchaus nicht allgemein bestimmen". (S. 16.) Einige Seiten früher hatte Herr Hasse zugestanden, die Ehe erfordere Gemeinsamkeit des Vermögens, aber damit hatte er wohl nichts Vernünftiges zu sagen gefürchtet. Von dieser Gemeinsamkeit der Güter wird an einem anderen Orte, (S. 205.) gesagt, daß sie sich schon von selbst einfinden werde, „sobald nur Beide etwas Erkleckliches zu Eigen haben." (Diese Erklecklichkeit ist es, die den Begriff der Sache bestimmen soll.) Daß sich diese Gemeinsamkeit der Güter selbst bei der größten „Erklecklichkeit" im Römischen Rechte nicht findet, dies aus dem Wesen der Römischen Ehe, und tiefer aus dem Wesen der Römischen Geschichte überhaupt abzuleiten, und zu zeigen, wie dieses nothwendige Consequenzen sind, fällt Herrn Hasse nicht ein: er hat es wohlfeiler, denn er hat ja erklärt, daß es verschiedene Weisen geben könne, wie es mit dem Vermögen zu halten sey, daß es üblich seyn könne, getrenntes Gut zu haben, oder auch gemeinsames, und nun findet es sich daß es den Römern beliebte, das getrennte Gut der Ehegatten vorzuziehen. Man kann es weiter keinem Volke übel nehmen, wenn es darin nach seinem penchant verfährt und es sich wohl bekommen läßt (S. 17.) (Heißt das nicht die Geschichte eines Volkes auf die leerste und gedankenloseste Weise, die irgend vorstellbar ist, auffassen?) Nachdem nun Herr Hasse dieser Beliebigkeit der denkbaren Zustände, wie er es nennt gehuldigt, und erklärt hat „Was „aber das Vernünftigste sey, das läßt sich durchaus „nicht allgemein bestimmen" (S. 16), meint er S. 220, daß das Römische Güterrecht der Ehe „die schwache Seite" zeige, „daß außer dem Dotalbeitrag, welcher nach Gefallen groß und klein „seyn konnte." (Wo bleibt aber hier die Erklecklichkeit) „die „Vermögen der Ehegatten gegen die Natur der Ehe, welche verlangt, daß Alles den Ehegatten gemeinsam „seyn soll, gänzlich auseinander gehalten wurden." (Herr Hasse wagt es von „einer schwachen Seite" und von etwas, was „gegen die Natur der Ehe" sey, zu sprechen, nachdem er zuvor unter Androhung eines zu begehenden Fehlschlusses er-

Digitized by Google

willkührliche Auflösung oder Ehescheidung. Wir haben diese sowohl in Beziehung auf die strenge als freie Ehe zu betrachten.

---

klärt hat, das positive Recht brauche dies nicht anzuerkennen, oder auch das Vernünftige lasse sich nicht bestimmen: Woher weiß er denn nun mit einem Male, daß dieses gegen die Natur der Ehe, also das nicht Vernünftige sey?) Bei Gelegenheit dieser schwachen Seite kommt nun Herr Hasse auf die Schenkungen unter Ehegatten, von denen er sagt (S. 229.) „Geht aber die Absicht dahin, daß wie bei „gewöhnlicher Schenkung unter Lebenden der Eine sofort und für „seine Person auf Kosten der Anderen begüterter werden soll, so ist „das Egoismus auf Seiten des Empfängers, und dieser soll der Ehe „fremd seyn." (Also das, was auch schon die Römischen Juristen anführen.) S. 230 kommt aber nun ein anderer Grund für die verbotene Schenkung vor, es heißt hier: „es soll nur das, was „das Recht auch im Allgemeinen gelten läßt, Trennung „der Güter, sich nicht auf eine empörende Weise hervor„drängen." Ich habe oben gezeigt, wie die verbotene Schenkung unter Ehegatten die Spitze der Ungemeinschaftlichkeit der Ehe überhaupt sey: hier wird behauptet, in der Schenkung nicht im Verbot derselben liege „das Hervordrängen" (die Spitze) der Ungemeinschaftlichkeit. Nun möchte ich aber jeden Unbefangenen fragen, ob bei selbst angenommenem getrennten Güte, die Erleichterung des Uebergangs, oder die Erschwerung desselben mehr die Trennung der Güter auf eine „empörende Weise hervordränge?" und ob man etwa, von einer Erschwerung des Uebergangs sagen dürfe, sie sey deswegen eingeführt, damit sich die Trennung der Güter nicht hervordränge, die eben in dieser Erschwerung des Uebergangs ihre vollständigste Hervordrängung hat. Andrerseits könnte man Herrn Hasse fragen, was es sich wohl dabei gedacht habe, wenn er sagt: „es soll nur das, was das Recht auch im Allgemeinen gelten „läßt, Trennung der Güter, sich nicht auf eine empörende „Weise hervordrängen," indem es durchweg gar nicht empörend sondern vollkommen aus der Natur der Sache folgend ist, daß, was das Recht im Allgemeinen gelten läßt, sich auch hervordränge, d. h. sich zur Spitze seiner Consequenz erhebe. Ueberhaupt hätte Herr Hasse bedenken sollen, daß sich die Thatsachen der

Die ältere strenge Römische Ehe, welche noch die Seite der Naturnothwendigkeit an sich hat, läßt wegen

---

Weltgeschichte nicht mit Redensarten zurückweisen lassen. Aber was Herr Hasse eigentlich hat sagen wollen, ist nicht seine sondern Plutarchs Ansicht, der sie nur freilich in ganz anderer Weise auszusprechen versteht; dieser meint, in Beziehung auf das Verbot der Schenkungen, (conjug. praec. ed Reiske VI. p. 539. 549) es habe deswegen statt gefunden weil ja schon ohnehin alles Gut den Ehegatten gemeinschaftlich gewesen, oder sie sich doch solches als gemeinschaftlich denken sollten, nicht damit sie nichts Gemeines haben mögen οὐχ ἵνα μηδενὸς μεταλαμβάνωσιν ἀλλ' ἵνα πάντα κοινὰ νομίζωσιν. Diese Ansicht über die Gründe des Verbots ist falsch, und zeigt davon, daß Plutarch das Römische Recht wenig gekannt hat, da dieses, von einer Gemeinschaft der Güter gar nichts weiß, auch ist es keinem Römischen Juristen eingefallen, bei den vielen angeführten Gründen dieses Plutarchischen Grundes mit Erwähnung zu thun, aber wie dem auch sey, so ist doch diese Ansicht mit scharfer Bestimmtheit ausgesprochen, und man weiß recht gut wohin man sie zu stellen hat. Es kann daher nichts auffallender seyn, als das Wohlgefallen des Herrn Hasse, mit der er von dieser Plutarchischen Ansicht spricht. Er meint, man könne die Stelle des Plutarch „gar nicht verstehen," wenn man nicht seine (nämlich Herrn Hasses) „im Text entwickelten Gedanken vorher erfaßt hat" (S. 229 Note 310) und in der Vorrede S. IX. heißt es gar, „ich glaube aber bewiesen zu „haben, daß dieses sich grade umgekehrt verhält, und es hat mir „Freude gemacht an einem berühmten Schriftsteller des Alterthums „einen Gewährsmann und Vorgänger in dieser Vorstellung der Sache „aufgefunden zu haben. Die kurzen Andeutungen, die sich „darüber bei Plutarch finden, würde ich freilich wohl eben „so wenig wie Andre verstanden haben." (Sehr schwerfällig müssen diese Andre im Verstehen seyn), „wenn ich diesen Ge„danken nicht schon vorher gefaßt hätte." Daß die kurzen aber hinreichend verständlichen Andeutungen bei Plutarch dem der Breite befliffeneren Herrn Hasse ein wenig zu kurz waren, ist sehr glaublich; auf jeden Fall ist es aber ein glücklicher Zufall, so unverhofft einen solchen Gewährsmann gefunden zu haben, um den man

Digitized by Google

dieser Festigkeit die willkührliche Auflösung nicht gut zu. In der Ehe durch Confarreation steht lediglich dem Manne die Trennung zu, doch nur aus sehr bestimmten Ursachen, wie uns Plutarch [145]) und Dionysius [146]) melden, Ursachen die mehr aus der allgemeinen Gewalt des Mannes über die Frau, als aus einem besonderen Scheidungsrechte hervorgehen. [147]) Aber auch die Scheidung abseiten des Mannes ist nach den angeführten Zeugnissen, unter zum Theil sehr harten Strafen, auf wenige Ursachen beschränkt, so daß Dionysius mit Recht von einer fast vorhandenen Unauflöslichkeit des ehelichen Verhältnisses reden konnte, eine Unauflöslichkeit, die unter allen Bedingungen für den Flamen Dialis ausgesprochen ist. [148]) Bei den Formen der conventio in manum, welche eine Erwerbungsweise ausdrücken, usus und coemtio steht wohl auch in den frühesten Zeiten dem Manne das Recht allein zu, die Frau als sein Eigenthum von sich zu thun, und wenn uns Gajus von einer Berechtigung der Frau in dieser Hinsicht spricht (set filia quidem nullo modo patrem potest cogere etiam si adoptiva sit: haec autem repudio misso (virum) proinde compellere potest, atque si ei nunquam nupta fuisset,) [149]) so ist hier der bereits

---

sich nun noch durch allerlei Paraphrasen verdient machen kann. — — Doch ich fürchte bereits gegen meine Leser ein Attentat durch die Polemik gegen ein Buch begangen zu haben, das wegen Grundlosigkeit und Geistesarmuth, und der damit in Verbindung gebrachten vornehmen Weise, wahrlich keine Aufmerksamkeit verdienen kann.

145) Romulus cap. 22.

146) Dion. Hall. II. p. 59. ed Sylb.

147) S. Wächter a. a. O. S. 18 — 26. S. 62 in der Note.

148) Gellii noct. att. X. 15.

149) Comm. I. §. 137.

Digitized by Google

vorhandene Einfluß der freien Ehe auf die strenge unverkennbar. Die Formen der Trennung waren die entgegengesetzten der Eingehung, diffarreatio und remancipatio [150])

Wenn so die strenge Römische Ehe der Scheidung den Damm der Naturnothwendigkeit und Festigkeit entgegengesetzt, der nur gegen die Auflösung dieser strengen Form selbst hin, durchbrochen zu seyn scheint, so folgt aus der Ungemeinschaftlichkeit des Zusammenseyns in der Römischen freien Ehe, die Leichtigkeit ihrer Auflösung. Die Willkühr, die sich als Ehe bestimmte, hat sich nunmehr als Nichtehe bestimmt. Weil, wo die Willkühr die Substanz bildet, eben nichts Substantielles ist, ist es gleichgültig, ob eine Ehe sey oder nicht; es ist also leicht von der Ehe zur Nichtehe, und wiederum zur anderen Ehe überzugehen. Aber die Herrschaft der Willkühr, wie sie auch das Wesen der Römischen Geschichte ist, ist nicht gleich im Anfange derselben dieses Hervorragende; sie hat vielmehr im Anfange eine substantielle Sitte gegenüber, an der sie sich abkämpfen muß. Daher kommt es denn, daß von einer *ersten* Ehescheidung in Rom bei vielen Schriftstellern [151]) die Rede ist, wahrscheinlich, weil das nun in die Wirklichkeit mit Macht eintretende Recht der Scheidungen sich in der Erscheinung zuerst bemerklich machte. Dem Begriffe nach

---

150) Festus v. Diffarreatio et Remancipatam. S. Wächter a. a. O. S. 69 — 75.

151) Dionys. Hall. II. p. 96. Plutarchus comp. Thesei cum Romulo cap. 6. Quaest. Rom cap. 14. comp. Numae et Lycurgi cap. 3. Valerius Maximus II. 1. 4. Gellius IV. 3. XVII. 21. v. Savigny Abh. der Berl. Academie 1814 15. Zimmern in seinen und Neustetels Untersuch. S. 323. Wächter a. a. O. S. 79 — 91.

Digitized by Google

ist die erste Ehescheidung hier völlig gleichgültig; denn wie mit der Natur des Testaments zugleich seine Revocation (S. 237 u. fg.) gesetzt ist, so ist auch mit der freien Römischen Ehe zugleich ihre Auflösung gesetzt. In der Attischen Ehe war ebenfalls diese Leichtigkeit der Scheidungen von beiden Seiten, sowohl in Form der ἀποπομπή, als der ἀπολειψις zu bemerken, [152]) aber die Griechische Ehescheidung hat doch nicht diesen zur Höhe der Ausbildung gelangten Character der vollständigsten Willkühr, wie wir dieses bei den Römern bemerken. [153]) Es ist schon oben (S. 256) gezeigt worden, wie bis in die spätesten Zeiten hinein, nicht bloß die beiden Ehegatten, sondern auch der gewalthabende Vater, die Ehen jederzeit nach Belieben trennen konnte, so daß auch von dieser Seite der Boden der Ehe, das Bild einer völligen Ungemeinschaftlichkeit und Willkühr darbietet. Daß diese Licenz die Ehen zu trennen, schon in der Natur der Römischen Ehe selbst liegt, fühlen die Römer sehr wohl. Daher kann auch kein Vertrag gelten, daß die Ehe nicht getrennt werden dürfe, (ideoque pacta ne liceret divertere non valere, [154]) und es wird ganz consequent behauptet, dieselbige Freiheit welche vor Eingehung der Ehe beiden Theilen ingewohnt habe, sey auch noch bei Trennung der Ehe vorhanden, (neque ab initio matrimonium contrahere, neque dissociatum reconciliare quisquam cogi potest, [155]) daß die Ehe an und für

152) S. 1sten Band, S. 315.

153) S. die Fälle bei Plut. Aem. Paulus cap. 5. Quaest. Rom cap. 6. Cicero cap. 41. Cicero ad Div. VIII. 7. Val. Maximus VI. 3. §. 10. 11. 12.

154) l. 2. C. de inut. stip. (8. 39.)

155) l. 14. C. de nuptiis (5. 4.)

sich diese Substanz sey, die die willkührliche Trennung abweise, wird in diesen Aussprüchen nicht geahnt. Dieses Princip der Ehescheidung, wird denn auch nicht in der späteren Zeit im Geringsten geändert, denn die Erschwerungen der Form, die Ausnahmen und Beschränkungen, so wie die Strafen, die etwa das Augusteische Zeitalter hervorbringt,[156]) haben rein äußerliche Zwecke, wie die Begünstigungen der Ehe überhaupt, und ändern in der sittlichen Ansicht von der Ehe auch nicht das Geringste. Erst unter den Christlichen Kaisern tritt in einem neuen Scheidungsrechte,[157]) der Versuch einer sittlichern Bestimmung für die Ehe ein, der aber in dem Verhältniß zur alten Ehe, wie das Christenthum zu Rom überhaupt steht, und daher gar nicht mit zu berücksichtigen ist, wenn von dem Begriffe der Römischen Ehe gehandelt wird.

Wir haben nun in der Auseinanderlegung der Römischen Ehe, den Ausgangspunkt der Römischen Familie angegeben, und in demselben die Römische Differenz aufgewiesen; dasselbige soll nun auch, obgleich in weit gedrängterer Weise, an der Familie, in ihrer Breite und in ihrem Bestehen gezeigt werden.

Die Römische Familie zerfiel uns aber (S. 243) in:

A. die väterliche Gewalt,

B. das verwandtschaftliche Verhältniß,

C. das Verhältniß des Herrn zum Sklaven.

A. Wir haben hier zuvörderst an die schon abgehandelten vorrömischen Standpunkte der väterlichen Gewalt zu erinnern. In allen Orientalischen Rechten hat sich diese Gewalt zwar als die unbeschränkte Herrschaft des

156) S. darüber die gute Darstellung bei Wächter a. a. O. S. 142. u. fg. S. 160. u. fg.

157) S. darüber Wächter a. a. O. S. 205. u. fg.

Familienhauptes, das hier die Spitze des Ganzen ist, gezeigt, aber keineswegs so, daß zugleich die Härte und Strenge dieser Herrschaft auffallend gewesen wäre. Diese Härte der väterlichen Gewalt ist überhaupt erst bemerkbar, wenn sie mit dem Gegensatz der unbeschränkten Freiheit und Ungemeinschaftlichkeit behaftet ist. [158]) So lange diese Freiheit aber noch nicht geboren ist, wird die väterliche Gewalt auch in ihrer unbeschränktesten Gestaltung das Bild patriarchalischen Zusammenhangs und der aus ihm hervorgehenden Milde darbieten. Es wird hier keine Emancipation geben können, die die Familienbande dergestalt löste, daß ein Uebergang von strenger Gewalt zur völligen Ungemeinschaftlichkeit möglich wäre. Im Griechischen Rechte bildet sich die Rohheit des noch patriarchalischen Ineinanderseyns zur schöneren Gemeinschaft aus, in der zwar Pietät gegen Aeltern und Ahnen und die Gewalt des Vaters ihre Stelle haben, in der aber zugleich die Selbstständigkeit des Sohnes, der beim Austritte aus dem Ephebenalter auch die väterliche Gewalt abstreift, eben so hervortritt, ohne daß die Emancipation die Familienrechte zerrisse. Auch der Vater ist dem höheren Rechte der Familie unterworfen, und die Emancipation ist vielmehr als Strafe denn als Freiheit zu betrachten. [159])

In Rom aber stehen wir nicht mehr auf dem Boden der schönen, sondern der auseinandergerissenen Familie, der Familie, die in der Differenz, in dem Zwiespalte des Willkührlichen und Substantiellen begriffen ist. In der Lehre von der väterlichen Gewalt läßt sich dieser Dualismus mit den Namen der Strenge und Einheit, und mit denen

158) S. 1sten Band, S. 279.

159) S. 1sten Band, S. 408.

der vollkommensten Untheilnahme und Getrenntheit andrerseits am Besten bezeichnen. Es läßt sich mit anderen Worten dieses Verhältniß so aussprechen: es giebt kein eigentliches Familienverhältniß, wo die Familie das an und für sich Seyende wäre, sondern die Familie ist entweder Gewalt, oder gar nicht. Die Familie zerfällt also in die beiden Seiten, in die Familie der Gewalt und in die Negation der Familie, oder in die Familie der Ungemeinschaftlichkeit. Diese beiden Arten der Familie gelten indessen nicht bloß in Beziehung auf väterliche Gewalt, sie gelten für die Familie in ihrer ganzen Breite, und in ihrem ganzen Umfange, also eben so für das verwandtschaftliche Verhältniß und die Gewalt über Sklaven; wir werden daher auf diese Eintheilung bei jeder der folgenden Momente eben so zurückkommen müssen.

In Beziehung auf die väterliche Gewalt, giebt aber die eben angegebene Eintheilung folgende Momente.

I. Familie der Gewalt. a) Eingehungsweise. b) Zustand. c) Formen der Auflösung.

II. Familie der Ungemeinschaftlichkeit. Zustand nach der Emancipation.

III. Das Zusammengehen der beiden vorangegangenen Momente.

I. Die Familie der Gewalt, ist also in Beziehung auf das Verhältniß des Vaters und Kindes zunächst

a) nach ihrer Entstehung zu betrachten. Diese Entstehung enthält die drei Momente

A. der unmittelbaren Entstehung (Ehe.)

B. der vermittelten Entstehung (Adoption)

C. der Identität der unmittelbaren und vermittelten Entstehung (*causae probatio*, Legitimation.)

A) Die Ehe ist für die väterliche Gewalt der unmittelbare Ausgangspunkt, im Gegensatz der Adoption, welche als der vermittelte zu betrachten ist. Die Römische Ehe (connubium) hat diese Folge, daß die Kinder nicht allein einen Vater haben, sondern auch in seine Gewalt kommen, dafern nur das Connubium zwischen einem Römer und einer Römerin geschlossen ist. [161]) Die Ehe ist hier schlechtweg der Grund der väterlichen Gewalt, pater est, quem nuptiae demonstrant, [162]) und der Umstand, daß ein Kind nicht diesen Vater hat, beruht dann immer auf besonderen Beweisen. [163]) Dagegen hat die ganz natürliche Erzeugung, die nicht das sittliche und bürgerliche Moment der Ehe ist, die Folge, daß der Vater hier nicht in seiner bürgerlichen Qualität, sondern in seiner rein natürlichen Gestalt auftritt. Nach der Seite der Natürlichkeit hin, ist aber die Mutter durchweg das Vorherrschende, und Ueberwiegende, die bloß natürlichen und unehelichen Kinder folgen daher der Mutter, und vom Vater (dem sittlichen Momente), ist bei ihnen nicht die Rede, qui matre quidem *certa*, patre autem *incerto* nati. [164]) Wenn dieses natürliche Recht umgestoßen ist, und auch die unehelichen Kinder dem Vater folgen, so ist dies nur als das Resultat einer Strafe zu betrachten, die hier die Vortheile des natürlichen Zustandes nicht eintreten läßt, wie z. B. im ältern Recht, im Falle des S. C. Claudianum und der lex Mensia. [165])

---

161) Ulp. V. 8. Gaji Comm. I. §. 56.

162) l. 5. D. de in jus vocando (2. 4.)

163) l. 6. D. de his qui sui (1. 6.)

164) Ulp. I. 8. IV. 2. Gaji Comm. I. 64. §. 12. I. h. t. (I. 10.) l. 23. D. de statu hominum (1. 5.)

165) S. darüber meine Scholien zum Gajus S. 99—101.

Digitized by Google

B) Die Adoption, als die vermittelte Entſtehungsweiſe der väterlichen Gewalt, hat die Bedeutung, daß ſich jemand, trotz des nicht vorhandenen unmittelbaren Moments zum Vater ſetzt; ſie iſt alſo im Gegenſatz mit der Natur, aber ſie ſucht, wie die Römer ſich ausdrücken, mit dieſer ein und daſſelbe hervorzubringen, oder ſie nachzuahmen (imitatur naturam). In ſo fern muß, wenn auch nicht die Wirklichkeit, doch die Möglichkeit des natürlichen Moments vorhanden ſeyn (adoptio enim in his personis locum habet, in quibus etiam natura potest habere).[166]) Hierhin gehören alſo die Beſchränkungen der Adoption, in Beziehung auf Zeugungsunfähigkeit,[167]) die Unmöglichkeit einer temporairen Adoption (nec enim moribus nostris convenit filium temporalem habere)[168]) u. ſ. w. Weil aber die Adoption nur die Möglichkeit, nicht die Wirklichkeit des natürlichen Verhältniſſes vorausſetzt, ſo muß ſie in der Regel nur dann eintreten, wenn dieſe Wirklichkeit ſelbſt nicht vorhanden iſt.[169]) Die Adoption, wenn ſie auch eine Nachahmung der Natur iſt, iſt aber eben ſo der Mangel des Natürlichen. Was alſo die Ehe außer der väterlichen Gewalt, und zwar vom Standpunkte der Natürlichkeit aus gewährt, das Verhältniß zur Mutter, und zu den auch außer der Gewalt befindlichen Verwandten, findet bei der Adoption als der vermittelten Entſtehungsweiſe, nicht ſtatt, d. h. der Adoptivſohn ſteht nur mit den Agnaten, nicht mit den Cognaten ſeines Adoptivvaters

166) l. 16. D. h. t. 1. 7.

167) Gaji Comm. I. §. 103. Ulp. VIII. 61. §. 4. §. 9. I. h. t. (I. 11.) §. 2. D. h. t. (1. 7.)

168) l. 34. D. h. t. (1. 7.)

169) l. 17. §. 3. D. h. t. (1. 7.)

Digitized by Google

vaters in einem verwandtschaftlichen Verhältnisse. Was aber eben so folgt, Frauenzimmer können nicht, oder nur dem Namen nach adoptiren, [170]) denn die Adoption kann nur die Gewalt des unmittelbaren Zustandes, nicht den unmittelbaren Zustand selbst herbeiführen.

Aber die Adoption, als die vermittelte Entstehungsweise der väterlichen Gewalt, setzt zwei Personen voraus, die das, was hier nicht von selbst entstehen würde, vermitteln. Beide können nun entweder selbstständig seyn, wonach die vermittelte väterliche Gewalt ein Resultat ihres Willens wäre, oder der Wille des einen kann selbst erst an ein substantielles Verhältniß gebunden seyn, das zuvor aufzugeben wäre. Wird die Adoption nun von zweien selbstständigen Personen hervorgebracht, so ist, weil in der Handlung das Aufgeben einer dieser Selbstständigkeiten liegt, nothwendig, daß das Höhere dazu gezogen werde, dem beide Theile unterworfen sind. Dieses, daß eine Familie in die andre aufgeht, und zu seyn aufhört, um Theil der anderen zu seyn (der Arrogirte ist paterfamilias und macht eine Familie aus), ist Sache des Staates, vor dessen unmittelbarer Gegenwart sich das Ganze begeben muß. Dieses ist die Bedeutung der Arrogation, die daher nur in der Stadt Rom und vor dem Volke in den Comitien geschehen kann, [171]) wobei es übrigens für den Begriff gleichgültig ist, daß sich diese Comitien und dieser Volksbeschluß späterhin in ein Rescript des Kaisers verwandeln. [172]) Dieser höheren Macht fällt dann auch die Seite der Untersuchung über die Zulässigkeit der Arro-

170) l. 5. C. h. t. (8. 48.)

171) Ulpiani Fragm. VIII. §. 2. 3. 4.

172) §. 1. I. de adopt. (1. 11.) l. 2. pr. de adopt. (1. 11.) S. meine Scholien zum Gajus S. 106.

gation, und ihre Gewährung zu; dagegen ist das andre Verhältniß, in welchem eine Familie nicht aufhört um in die andre aufzugehen, sondern in welchen ein unselbstständiges Individuum nur aus einer Gewalt tritt um in die andre zu kommen, ein solches, das die Gewalthaber zu seinem Höheren hat, und sich daher lediglich zwischen ihnen verhandelt. Die Adoption im engeren Sinne, geht also zwischen dem Adoptirenden, und dem bisherigen Gewalthaber des Adoptirten vor. Der Staat hat hier keine unmittelbare Gegenwart mehr zu leisten, und der Praetor oder Praeses provinciae ist nur der, vor welchen sich die von seinem Willen übrigens unabhängige Adoption begiebt. Die Form der Adoption hat aber die zwei Seiten, daß zuvörderst eine Emancipation aus der bisherigen Gewalt, dann ein Eintreten in die Adoptivgewalt, nach älterem Recht, in Form der Erwerbungsweise, [173]) erfordert wird. Wie die Adoption in den älteren Zeiten mit dem Testament zusammenhing, ist schon früher erörtert worden.

Weil es das Wesen der Familie der Gewalt ist, daß das Substantielle des Familienverhältnisses durchweg nichts anderes wie die Gewalt sey, und daß wo diese aufhört, auch die Familie aufhört, so steht das Adoptivkind, mit seiner natürlichen Familie in keiner weiteren Beziehung mehr. Die Aenderungen, die das spätere Recht hierin gebracht hat, gehören in das dritte Moment der väterlichen Gewalt, wovon unten zu sprechen ist.

C) Die Ehe ist als die unmittelbare Entstehungsweise der väterlichen Gewalt genannt worden; sie ist aber nur diese unmittelbare Entstehungsweise, indem sie den sittlichen

173) Gellius V. 19.

und bürgerlichen Character einer Römischen Ehe hat; das bloß natürliche Moment in ihr erzeugt keine Gewalt. Dagegen ist die Adoption, die der Unmittelbarkeit entbehrende vermittelte Entstehungsweise, die Zeugung durch Wort und durch Form, die vom Natürlichen entblößt sind. In so fern stehen beide Momente das Natürliche und das Adoptive einander gegenüber. Wenn nun das mittelbare Setzen der väterlichen Gewalt sich zugleich an ein Individuum macht, das eben so die Seite der Natürlichkeit für sich hat, aber nur die Seite der bloßen Natürlichkeit, so heißt dieses Erhebung des bloß Natürlichen zum Sittlichen, Berechtigung des Natürlichen, Legitimation. Hier ist nicht, wie in der Ehe, das Sittliche ursprünglich mit dem Natürlichen verknüpft, sondern es kommt erst als ein Hinterher zu dieser Natürlichkeit, als die andre Seite hinzu. Im älteren Rechte konnte, wenn die Römische Ehe durch Irrthum verfehlt war, indem etwa ein Römer glaubend eine Römerin zu heirathen, sich mit einer Latina verbunden hatte, oder umgekehrt, durch erroris causae probatio dieser Mangel wieder hergestellt und durch diese Wiederherstellung auch unter anderem die väterliche Gewalt als ein Hinterher erworben werden. Aber die Wiederherstellung der erroris causae probatio geht nicht ausschließlich auf die väterliche Gewalt; eben so muß immer ein Irrthum zu Grunde liegen, [174]) sie ist daher nicht dasselbige, wie die Legitimation des späteren Rechts. Diese Legitimation beruht nicht auf Irrthum, sondern durchweg auf dem Bewußtseyn des bestehenden Zustandes, so wie sie lediglich auf die Erlangung der väterlichen Gewalt geht. Die Legitimation, als die Einheit der unmittelbaren und

174) S. meine Scholien zum Gajus S. 109 — 137.

vermittelten Entstehungsweise, hat die drei Momente oder Arten, wovon das erste die Erwerbung der väterlichen Gewalt, durch die nachfolgende Ehe selbst ist, (per subsequens matrimonium),[175]) das zweite das durch Staatsdienste erworbene Recht (per oblationem curiae), [176]) das dritte endlich der Wille des Monarchen, (per rescriptum principis.) [177]) Diese Legitimationen umfassen übrigens nur die Concubinenkinder, als die den ehelichen am nächsten stehenden natürlichen, und fallen sammt und sonders in die Christliche Zeit.

b) Aber die väterliche Gewalt hat eine Dauer, eine Breite, und einen derselben entsprechenden Zustand. Dieser Zustand ist eben so der geschichtlichen Bewegung des Römischen Geistes unterworfen, und hat die Eigenthümlichkeit dieses Geistes an sich. Davon nun, daß diese väterliche Gewalt in ihrer Härte und Schroffheit nirgends anders gefunden werde, haben die Römer ein sehr deutliches Bewußtseyn, (fere enim nulli alii sunt homines, qui talem in filios suos habent potestatem qualem nos habemus. [178]) Das Hauptprincip dieser Gewalt ist, daß das Kind, wie die Frau der strengen Ehe, in einer Art von quiritarischem Eigenthum des Vaters sich befinde; es sind also dingliche Klagen des Vaters, um seinen Sohn wiederzuerlangen, denkbar: [179]) er hat, wenn er gestohlen

175) l. 5. 6. 7. 10. 11. C. de natur. lib. (5. 27.)

176) l. 3. C. eodem. (5. 27.) Nov. 89. cap. 2.

177) Nov. 74. cap. 1. Nov. 89. cap. 9.

178) Gaji Comm. I. §. 55. §. 2. I. de patr. pot. (I. 9.) In den Institutionen fehlt das fere. Gajus erwähnt noch eines Volkes, das nicht lesbar ist, welches väterliche Gewalt habe. S. meine Scholien zum Gajus S. 86.

179) l. 1. §. 2. de rei vind. (6. 1.)

Digitized by Google

worden die actio furti, die z. B. der Mutter nicht zusteht, [180]) er hat, wie schon oben selbst bei der Ehe der Tochter gezeigt worden ist, das Recht, durch ein Interdict sein Kind abzufordern u. s. w., kurz, so wie der Eigenthümer mit seiner Sache identisch ist, weil die Sache gegen ihren Eigenthümer keine Berechtigung hat, so gilt auch der Satz, daß der Vater und sein Kind eine Einheit der Person bilden, (cum pater et filius eadem esse persona pene intelligantur. [181]) Die Einheit einer Person, und eines mit dem Character der Sachlichkeit behafteten Wesens, läßt aber der Person alle Berechtigung zukommen; sie kann sich also zuvörderst der Sache entäußern: der Vater kann sein Kind tödten (jus vitae ac necis), welches Recht freilich wohl nie oft in Ausübung gekommen, und späterhin ganz verschwunden ist, [182]) er hat ferner das Recht, das Kind noxae zu geben, oder zu verkaufen, [183]) welches letztere sich in einem bestimmten Falle sogar noch in der späteren Zeit vorfindet, [184]) das aber, was das Kind erwirbt, erwirbt es natürlich dem Vater, wie das, was zu einer Sache hinzukommt, dem Eigenthümer der Sache gehört. Eben so steht die eigene Familie des Kindes unter der Gewalt des Vaters.

---

180) l. 38. D. de furtis (47. 2.)

181) l. ult. C. de impuberum et aliis subst. (6. 26.)

182) Dionys. Hallic. II. 26. 27. Seneca de Clem I. 15. Valerius Maximus V. 2. l. 11. D. de lib. et. postum. (28. 2.) l. 5. D. ad leg. Pomp. de parr. (48. 9.) I. 13. §. 60. de re. mil. (49. 16.) l. 2. D. ad leg. Corn. de sicariis (48. 8.) l. un. C. de his. qui par. vel. lib. (9. 17.)

183) S. 1sten Band, S. 33. Zimmern Noxalklagen. S. 39. 118.

184) l. 2. C. de patribus (4. 43.)

c) Wenn dieses der Zustand der väterlichen Gewalt seiner Strenge und Consequenz nach ist, so hat dieser Zustand ein Ende, und Bedingungen seiner Auflösung. Das Nächste ist hier die natürliche Auflösung, der Tod, welcher Tod auch ein sittlicher Tod (mors civilis) seyn kann, d. h. eine capitis deminutio maxima oder media, [185]) denn wer entweder nicht frei, oder nicht Römischer Bürger mehr ist, der kann auch keiner Römischen Familienrechte theilhaftig seyn. Das umgekehrte Mittel nun, die Gewalt zu lösen, wäre das Hinausstreben über die Abhängigkeit der Familie durch die Bedeutung und die Stellung, die man zum Staate hätte, die dignitas. Dieses ist aber eben so einer der schroffen Gegensätze des Römischen Rechts, daß das Familienrecht und die familienmäßige Stellung der Personen zu einander durchweg nicht durch den Staat, und die Stellung der Personen in demselben modificirt ist, sondern daß jeder Kreis für sich und ohne Zusammenhang dem Anderen gegenübersteht. Der Satz: nam quod ad jus publicum attinet, non sequitur jus potestatis, [186]) kann sowohl in Beziehung darauf gedeutet werden, daß die Pflichten gegen den Staat mit den Familieninteressen nichts gemein haben, als auch, daß die Rechte, die etwa im Staate erworben sind, die Familienrechte durchweg unverändert lassen. Von diesem Kampfe des Staatsmäßigen und Familienmäßigen, welcher sich unter Anderem in der Gestalt giebt, daß daran gezweifelt wird, ob der Staatswürde, oder der patria *majestas* [187]) der Vorrang zuzugestehen sey, geben uns

185) Gaji Comm. I. 127, 128. Ulp. X. §. 3. §. 1. I. h. t. (l. 12.)

186) l. 14. pr. D. ad S. Treb. (36. 1.)

187) Cf. Valerius Maximus VII. 7. 5.

mehrere Schriftsteller, namentlich Gellius, [188]) ein durchweg anziehendes Bild. Aber wie immer, giebt es in diesem schroffen Gegensatze des Staatsrechts und Familienrechts, eine versöhnende Mitte, die zwar nicht die volle Einheit beider Gegensätze darbietet, aber dennoch in Form von Ausnahmen ein quantitatives Mittelglied bildet. Dahin gehören im älteren Rechte die Würden eines Flamen Dialis, und einer Vestalin, [189]) die von der väterlichen Gewalt befreien; im neueren Christlichen Rechte, die des Patriciats. [190])

Zur natürlichen Auflösung (Tod) oder unmittelbar sittlichen Auflösung (bürgerlicher Tod, dignitas) gesellt sich nun als dritte Weise, die Auflösung der Willkühr (Emancipation.) Sie hat ihren Boden lediglich darin, daß der Vater die väterliche Gewalt nicht mehr besitzen will, und sich derselben entäußert, also in der väterlichen Gewalt selbst, nicht außerhalb derselben; sie ist somit ein Recht der väterlichen Gewalt. Aber wie sehr auch die Emancipation die Willkühr der väterlichen Gewalt ist, so wenig ist sie die ganz absolute und nackte Willkühr. Denn da in der Gewalt die ganze Substanz des Familienrechts liegt, und durch die Entäußerung der Gewalt das Familienrecht aufhört, wenigstens in die Familie der Ungemeinschaftlichkeit übergeht, so will diese Substanz, daß nicht die einmal ausgesprochene Willkühr im Stande sey, sofort die Familienbande zu lösen. Wir müssen hier auf den Unterschied aufmerksam machen, der freilich erst im letzten Momente der Familie, im Sklavenrecht, zu erörtern ist, nämlich auf den Unterschied der Freilassung der Sklaven

188) Noct. Att. II. 2.

189) Gaji Comm. I. §. 130. Ulp. X. §. 5. Taciti Ann. IV. 16.

190) §. 3. I. h. t. (I. 12.)

Digitized by Google

und der Entlassung der Kinder. Die Freilassung der Sklaven ist ein einfacher Act der Willkühr, der nur an bestimmte vorgeschriebene Formen gebunden ist, die Entlassung der Kinder dagegen ein mehrgliedriges zusammengesetztes Verhältniß, das durch diese seine Zusammensetzung eben den Widerstand des Substantiellen gegen die bloße Willkühr andeutet.

Weil also die Gewalt nicht das bloße väterliche Recht, sondern auch ein Recht der Kinder ist, so kann die Willkühr nicht sofort durch einen einfachen Act dieses Substantielle zerstören. Die Emancipation ist daher nicht die einfache Erklärung des Gewalthabers, daß die Gewalt und ihr Familienrecht aufhöre: denn eine solche Erklärung würde keine Folgen haben, sie kann vielmehr nur durch einen Umweg bewirkt werden. Das Nächste ist nämlich, daß der Gewalthaber von seinem Rechte Gebrauch macht und das Kind veräußert. Dieses Recht, da es ein Recht der väterlichen Gewalt ist, ist ihm unverwehrt, und hängt äußerlich gar nicht mit der Absicht zusammen, das Kind aus der Gewalt zu entlassen. Dieses Entlassen ist vielmehr nur ein Zufälliges, indem der Besitzer des Kindes als seines Eigenthums, unstreitig das Recht seinerseits erworben hat, dieses Eigenthum wegzugeben, seinen Sklaven zu manumittiren. Dieser manumittirte Sklave ist nun freilich aus der väterlichen Gewalt gekommen, aber mittelbar durch den Umweg des Sklaventhums: der Vater hatte nur das Recht den Sohn zum Sklaven zu machen, nicht die väterliche Gewalt einfach aufzuheben.

Ulpiani Fragmenta X. §. 1.

Liberi parentum potestate liberantur emancipatione *id est, si, posteaquam mancipati fuerint, manumissi sint.*

Mancipation und Manumission sind also die beiden Bestandtheile der Emancipation. Aber die verschiedenen Arten und Grade der Kinder, worin ein Theil der Kraft des Verhältnisses liegt, so wie die Berücksichtigung des Zustandes nach der väterlichen Gewalt, bringen in diese beiden Bestandtheile selbst die Modificationen dieser Reflectionen hinein.

Der Unterschied des filius und der übrigen in der Gewalt befindlichen Kinder, trat schon im Familienrecht einmal bei der Bestimmung hervor, daß der erste nominatim, die Andren inter ceteros enterbt werden müssen; hier bei der Emancipation ist abermals der Ort, wo sich dieser Unterschied geltend macht. Der Zusammenhang des Vaters mit dem filius ist intensiver, substantieller, als der des Gewalthabers mit den übrigen, der Gewalt Unterworfenen; die einfache Mancipation, und die dann folgende eben so einfache Manumission ist nicht hinreichend dieses Substantielle zu zerstören. Aber weil Mancipation und Manumission die beiden ausschließlichen Qualitäten sind, die die Emancipation ausmachen, so kann hier der zwischen dem filius und den übrigen Kindern sich erhebende Unterschied nur ein quantitativer seyn. Mit anderen Worten, während bei den übrigen Kindern eine einmalige Mancipation und eine einmalige Manumission hinreicht, ist bei dem filius eine dreimalige Mancipation und eine dreimalige Manumission nöthig. Der also aus der Sklaverei entlassene filius familias wird nicht selbstständig, sondern fällt von selbst in die Gewalt seines Vaters zurück, bis die dritte Mancipation und die ihr entsprechende dritte Manumission ihn entscheidend daraus befreit.

Ulp. Fragm. X. §. 1.

Sed filius quidem ter mancipatus, ter manumissus sui juris fit, id enim lex duodecim tabularum

jubet his verbis, *si pater filium ter venum duit. filius a patre liber esto.* Ceteri autem liberi praeter filium, tam masculi, quam feminae, una mancipatione manumissioneque sui juris fiunt.

Gaji Comm. I. 1. §. 32.

Emancipatione quoque desinunt liberi in potestate parentium esse, sed filius quidem ter mancipatus sui juris fit, ceteri vero liberi, sive masculini sexus, sive feminini, una mancipatione exeunt de parentium potestate, lex enim XII tantum in persona filii de tribus mancipationibus loquitur, his verbis, *si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto.* [191])

Die drei Mancipationen geschehen in der Regel an einen und denselben, [192]) so wie die Manumissionsweise die per vindictam ist. [193])

Außer diesem Unterschiede des filius und der übrigen Kinder, ist aber oben bemerkt worden, daß die Berücksichtigung des künftigen Zustandes ein Moment der Emancipation sey. Die durch eine oder drei Manumissionen frei gewordenen Kinder haben allen Zusammenhang mit ihrem Gewalthabenden Vater verloren und sind in die Familie der Ungemeinschaftlichkeit getreten; sie haben aber einen anderen Zusammenhang erlangt, nämlich mit dem manumittirenden Herrn, den Zusammenhang des Patronats. Erst unten kann nämlich gezeigt werden, wie die Familie der Ungemeinschaftlichkeit nothwendig im Sklavenverhältniß,

191) Cf. Theoph. I. 2. §. 6. Epitome Gaji Inst. I. 1. §. 3. Gaji Comm. I. §. 13. 135. IV. 79.

192) Gaji Comm. I. §. 132.

193) Gaji Comm. I. §. 132.

Digitized by Google

eine ganz andre Bedeutung, als in den übrigen Momenten der Familie hat. Dieses Patronatsverhältniß ist das Substantielle, was an die Stelle der väterlichen Gewalt tritt. Es ist aber das Einfachste und Natürlichste, daß, wo möglich, der Vater selbst in das Verhältniß des Patrons zu seinem Kinde trete. Dies kann nur erreicht werden, wenn er selbst die letzte und entscheidende Manumission vornimmt. Die Manumission aber selbst ist nur möglich, wenn nach der letzten Mancipation eine Remancipation an den Vater statt findet, durch fiducia, wie man sich ausdrückt, wodurch der Vater nun in den Stand gesetzt wird, selbst zu manumittiren. Dadurch ist auch wieder das Verwickelte der Handlung zu ihrer einfachen Bestimmtheit zurückgeführt. Die sich durch das Substantielle und ihre Formen hindurcharbeitende Willkühr hat in der letzten Manumission dennoch über das Ende der väterlichen Gewalt in letzter Instanz zu entscheiden und zu sprechen. [194])

Dieses Hin- und Hergehen von Mancipationen, Remancipationen und Manumissionen zeigt nun das mittlere Sklavenverhältniß, welches zum Mittel und Durchgang für die Emancipation gebraucht wird, als das auf, was es ist, nämlich als ein Verhältniß, welches durchweg vom Inhalte des Sklaventhums nichts weiß, sondern nur die äußere Form mit ihm theilt. Im Gegensatz und als sich unterscheidend von der servitus, heißt es mancipium. Es ist charakteristisch, daß die Römer ein solches Verhältniß haben, worin der Begriff des Freiseyns und des Sklaventhums zugleich liegt, wie im mancipium: denn die

194) Epitome Gaji Inst. I. 6. §. 3. Gaji Comm. §. 132. — 137, 140. S. Unterholzner in der Zeitschrift f. g. R. II. S. 157. u. fg.

Gewalt über Kinder hat den dem mancipium entsprechenden Inhalt selbst, daß die Unterworfenen zugleich frei sind, aber in strenger Unselbstständigkeit leben. Das mancipium ist dagegen die Form der Sklaverei ohne ihren Hauptinhalt. Wer daher der Emancipation wegen sein Kind oder seine Frau der strengen Ehe mancipirt, der bringt sie nur in das Verhältniß des mancipium. [195]) Der in mancipio ist, ist zwar der Form nach Sklave, und in allen die Form angehenden Dingen ist das Sklavenrecht auf ihn anwendbar, [196]) aber dem Wesen nach ist er frei und selbstständig persönlich, welche Persönlichkeit sich darin am stärksten ausweist, daß er selbst eine Injurienklage gegen seinen Herrn anstellen kann. (In summa admonendi sumus, adversus eos, quos in mancipio habemus nihil nobis contumeliose facere licere, alioquin injuriarum actione tenebimur. Ac ne diu quidem in eo jure detinentur homines sed plerumque dicis gratia uno momento. [197])

Aber der Fortgang der Römischen Geschichte, indem er das Resultat hat, sowohl die Familie der Gewalt als die der Ungemeinschaftlichkeit zu verändern, wie dieses erst unten gezeigt werden kann, bringt eben so in das Moment der Auflösung der väterlichen Gewalt diese Modificirung hervor. Die Gewalt nimmt mehr die Gestalt eines wirklich familienmäßigen Bandes an, so daß die Emancipation nicht mehr lediglich der väterlichen Willkühr anheimfällt, sondern eben so den gegenseitigen Willen der

195) Gaji Comm. I. 115. 116 — 119. §. 136. §. 140.

196) Gaji Comm. I. §. 123. 138. S. meine Scholien zum Gajus S. 155.

197) Gaji Comm. I. §. 141.

Digitized by Google

Kinder verlangt. [198]) Die Form der Emancipation hat daher, insofern die Kinder nunmehr ihre Einwilligung zu geben haben, nicht mehr nöthig durch sich selbst den Widerstand des Substantiellen gegen die Willkühr auszudrücken, sie verändert ihre Gestalt ganz consequent, indem sie zuvörderst in der Anastasianischen Emancipation sich in ein vom Vater beim Regenten nachgesuchtes Rescript verwandelt, [199]) späterhin aber in der Justinianeischen, zu einer einfachen Willenserklärung der Parteien vor dem Richter wird. [200]) Daß die Adoption, indem sie zuvörderst die Emancipation voraussetzt, keine Auflösungsweise der väterlichen Gewalt ist, braucht wohl nicht erst gesagt zu werden.

Indem durch die Emancipation die Familie der Gewalt aufhört, ist die nächste Frage nach dem darauf folgenden Zustande, oder nach der gegenüberstehenden Seite der Familie. Dieses ist aber die Familie der Ungemeinschaftlichkeit.

II. Familie der Ungemeinschaftlichkeit. Indem diese Familie wohl auch so bezeichnet werden kann, daß sie, trotz der Existenz aller natürlich-sittlichen Verhältnisse, eine Zerstörung dieser Verhältnisse darbietet, läßt sich von einer eigentlichen Entwickelung dieses Moments gar nicht sprechen. Diese Entwickelung ist vollständig damit angegeben, wenn man sagt: durch die Emancipation hören alle Familienrechte auf, und der Emancipirte tritt zu seiner Familie in die Beziehung eines durchweg Fremden. Die Wirkungen dieser Ungemeinschaftlichkeit sind es zuerst, an

198) Pauli rec. sent. II. 25. §. 5. l. 5. C. de eman. lib. (8. 49.) Nov. 89. cap. 11.

199) l. 5. C. h. t. (8. 49.)

200) l. 6. C. h. t. (8. 49.)

denen dieselbe erkenntlich wird, und die eigentlich ihre Momente abgeben, aber diese Wirkungen kommen ihrer Stellung nach erst bei der Auflösung der Familie, bei der Tutel und dem Erbrechte zum Vorschein; hier läßt sich nur im Allgemeinen sagen, daß dieses Schauspiel, durch die Entlassung aus der Gewalt, alle substantiellen Familienrechte zerstört zu sehen, diese Härte des absoluten Gegensatzes in Rom zum Erstenmale in der Geschichte eintritt. Dafür ist auch der Name vortrefflich, den der in der Gewalt befindliche Sohn, gegenüber dem Emancipirten führt: er ist der *suus*, der dem Vater ausschließlich zugehört, der Emancipirte, der sein eigener Herr geworden ist (sui juris), hat gleichfalls nichts mehr mit dem gegenüberstehenden Vater gemein.

III. Identität der Familie der Gewalt und der Familie der Ungemeinschaftlichkeit. Diese Einheit, zu welcher es die Römische Geschichte in allen ihren Seiten und Momenten bringt, ist die leere quantitative Mitte, das Erschlaffen und Schwachwerden beider Seiten des Gegensatzes. In Beziehung auf väterliche Gewalt ist also nicht allein zu zeigen, wie innerhalb der Familie der Gewalt eine minder große Strenge und Härte, und ein Hervortreten der Persönlichkeit des Kindes sich zeigt, sondern, wie eben so innerhalb der Sphäre der Ungemeinschaftlichkeit und Entfremdung eine Annäherung und eine Erinnerung an substantiellere Familienverhältnisse hereinbricht. [201])

A) Es ist gesagt worden, daß das Zusammengehen der Gegensätze sich zunächst in einer Erschlaffung der Gewalt äußere. Eine solche Aeußerung, kann sich aber sowohl

---

201) S. 1sten Band, S. 36, 37.

im Kreise des Vermögens zeigen, als auch im Kreise der vom Vermögen unabhängigen Persönlichkeit. In so fern sie sich im Kreise des Vermögens zeigt, hat sie die Bedeutung, daß das Hauskind selbst innerhalb der Gewalt etwas Eigenthümliches haben dürfe, sie ist die s. g. Lehre vom peculium.

Schon oben ist der allgemeine Satz aufgestellt worden, daß das Kind dem Vater erwerbe, d. h. daß es in Beziehung auf Sachen keine selbstständige Persönlichkeit habe. Der nächste Schritt zu einer solchen Persönlichkeit, wenn auch noch nicht die Persönlichkeit selbst, wäre, daß das Kind zu den Sachen zwar noch nicht in der Beziehung des Eigenthümers, aber doch in der Beziehung der Verwaltung stände. In einer dem Kinde überlassenen Verwaltung, so daß der Vater in Beziehung auf dieselbe verbindlich gemacht wäre, läge zwar noch nicht die volle Anerkennung der Persönlichkeit, aber doch die der selbstständigen Vernünftigkeit des Kindes; es würde noch nicht als rechtlich geltende Person, aber doch als vernünftiges Wesen geehrt, das peculium das diese Seite befriedigt, ist das peculium profectitium.

Das Vermögen, das der Vater der Verwaltung halber in die Hände des Kindes giebt, bleibt vollständig im Eigenthum des Vaters, das Kind hat bloß die libera administratio, [202]) welche daher auch den Vater, so weit das peculium reicht, vollständig verpflichtet. Hierher gehören auch die Klagen, mit denen der Vater in Beziehung auf den Sohn, belangt werden kann, die actio de peculio, tributoria de in rem verso, quod jussu, wenn die letzteren auch nicht das peculium angehen. [203])

202) §. 1. I. per. q. p. (II. 9.)

203) S. Thibaut Pandekten §. 369 — 375.

Weil aber der Sohn kein Eigenthumsrecht am peculium hat, so kann er auch nichts verschenken, sondern seine Verwaltnng beschränkt sich auf onerose Geschäfte, (non enim ad hoc ei conceditur libera peculii administratio ut perdat. [204]) Nur in wenigen Fällen, und dies meist nach aufgehobener Gewalt, steigert sich das Verwaltungsrecht des Kindes zu einem Eigenthumsrechte. [205]) Aber diese Verwaltung, die, wie erst unten hervortreten kann, auch dem Sklaven möglich ist, kann nicht das einzige Recht seyn, das im Laufe der Römischen Geschichte die persönliche Selbstständigkeit des Hauskindes in der Sphäre des Vermögens darthut. In Form von Ausnahmen giebt es verschiedene, vom Kinde erworbene Vermögenstheile, die ihm auch als Eigenthum verbleiben sollen. Die früheste Ausnahme ist nothwendig die, welche schon oben als die allgemeine Ausnahme von allem Römisch-Gesetzlichen bezeichnet worden ist, nämlich die Ausnahme des militairischen Verhältnisses. Was der filius familias in Bezug auf dasselbe erwirbt, (peculium castrense) gehört ihm eigenthümlich, [206]) oder wie es auch sonst heißt, filiifamilias in castrensi peculio vice patrumfamiliarum funguntur. [207]) Er hat daher, womit allerdings der höchste Grad der Willkühr ausgedrückt ist, die Befugniß, über dieses peculium zu testiren. Aber die Ausnahme des militairischen Verhältnisses läßt bald in ana-

204) l. 7. D. de don. (39. 5.)

205) l. 3. §. 4. D. de min. (4. 4.) l. 3. §. 2. D. de don. (39. 5.)

206) l. 15. §. 1. 2. l. 18. §. 1. l. 19. §. 3. D. h. t. (49. 17.) l. 17. de man. (40. 1.) l. 98. §. 3. de sol. (46. 3.)

207) l. 2. D. de S. Mac. (14. 6.)

Digitized by Google

analogen amtlichen Stellungen, oder ähnlichen Zuständen, gleiche Ausnahmen begründen, und der filiusfamilias erlangt an dem peculium quasi castrense die Rechte, die er am castrense selbst hat. [208]) Unter den Christlichen Kaisern endlich wachsen diese Ausnahmen, die, in so weit sie nicht das militärische oder quasimilitairische Verhältniß angehen, peculium adventitium heißen, immer mehr an. Constantin spricht die Erbschaft der Mutter (bona materna) [209]) die späteren Kaiser aber sogar das was von den mütterlichen Ascendenten erworben worden, [210]) so wie die lucra nuptialia, [211]) und Justinian endlich alles, was die Kinder selbst und aus eigenen Mitteln erwerben, den Kindern zu. [212]) Der Vater hat nur den Ususfructus, den er nach der Emancipation zur Hälfte beibehält.

Wenn so in der Sphäre des Vermögens, und in Form von Ausnahmen, das alte und feste Gebäude der Gewalt fast umgestoßen zu seyn scheint, so ist dies doch immer nur ausnahmsweise und auf dem Wege der Approximation geschehen. Die Grundsätze bleiben unverändert dieselben, nur die einzelnen Consequenzen werden morsch und schwinden nach und nach hin. Wie mit der Aeußerung innerhalb der Vermögenssphäre verhält es sich aber auch mit den übrigen Beziehungen des persönlichen Geltens. Es ist schon oben bemerkt worden, daß das Recht auf Leben und Tod (jus vitae ac necis) so wie die damit zusammenhängenden Rechte des Aussetzens, [213]) Verkaufens u. s. w.,

208) l. un. C. 12. 31. l. un. C. (12. 37.) l. 7. C. (1. 51.) l. 4. 14. C. (5. 7.) Nov. 123. cap. 19.

209) l. 1. C. h. t. (6. 60.)

210) l. 6. 7. C. Theod. h. t. (8. 18.)

211) l. 1. C. de bonis quae lib. (6. 61.)

212) l. 6. C. eodem. (6. 61.)

213) l. 4. D. de agn. (25. 3.)

ganz oder theilweise geschwunden sind, daß somit nichts Furchtbares und Hartes mehr in der so herabgebrachten Gewalt zu liegen scheint: die Grundsätze sind aber noch unverändert dieselben, wie in jenen Tagen der schauderhaftesten Härte, und der Gewalthabende Vater ist nur mit einem Greise zu vergleichen, der zwar noch alle Rechte ausüben möchte und wollte, der auch im beständigen Bewußtseyn dieser Ausübung ist, aber bei jedem einzelnen durch Altersschwäche gehindert wird.

B) Eben so nun, wie die Familie der Gewalt von ihrer früheren Intensität herabgebracht ist, ist auch die Familie der Ungemeinschaftlichkeit, gegen die Entfremdung, welche ihr Wesen ist, gleichgültig geworden und erschlafft. Wie aber die Ungemeinschaftlichkeit aus ihren Wirkungen zu erfassen war, die bei der Auflösung der Familie erst eintreten, so kann auch das Schwächerwerden der Entfremdung sich erst in diesen Wirkungen manifestiren. Es genügt also hier beispielsweise anzuführen, daß in dem den emancipirten Kindern gestatteten Erbrechte eine Hauptäußerung des Schwachwerdens dieser Entfremdung liegt.

C) Aber indem so die Familie der Gewalt von der willkührlichen Strenge, die Familie der Ungemeinschaftlichkeit von der willkührlichen Entfremdung abläßt, muß sich ein mittlerer Zustand bilden, in dem weder von jener strengen Gewalt, noch von der Ungemeinschaftlichkeit mehr die Rede ist. Indem dieser Zustand ein natürlicher Zustand ist, könnte man ihn besser den Zustand des älterlichen Verhältnisses nennen, da auch die Mutter desselbigen theilhaftig ist. Dahin gehört z. B. die Pflicht der Alimentation, die nicht aus der Gewalt hervorgeht, sondern die emancipirten Kinder gleichmäßig umfaßt, (et magis puto, etiam si non sint liberi in potestate,

Digitized by Google

alendos a parentibus, et vice mutua alere parentes debere.) [214]) Auch die Mutter ist eben so dazu verbunden, [215]) und es heißt ausdrücklich, daß diese Pflicht aus allgemeiner Billigkeit und der natürlichen Verwandtschaft entstehe, (et cum ex aequitate haec res descendat, caritateque sanguinis, singulorum desideria perpendere judicem oportet. [216]) Außer der Alimentation gehört hierher die allgemeine Ehrfurcht (pietas) die den Eltern gebührt. Wenn es in späteren Zeiten von der Gewalt schon heißt, patris potestas in pietate debet non atrocitate consistere, [217]) so ist diese pietas das ganz allgemeine natürliche Band des Blutes in Beziehung auf welches Vater und Mutter durchweg nicht unterschieden sind. Wenn man nun aber geneigt wäre zu glauben, daß sich in dieser Stufe eine wahre Innigkeit des Verhältnisses und die volle Mitte der beiden Gegensätze eingefunden habe, so müßten wir uns bald überzeugen, daß dieses keineswegs der Fall sey, daß immer bei dieser Pietät noch die Reflexion der Kluft, in der die väterliche Gewalt zur mütterlichen Ehrfurcht sich befindet, vorherrschend ist. Obgleich also in Beziehung auf Ehrfurcht, Vater und Mutter immer zusammen genannt werden, (matrem aut patrem, quos venerari oportet,) [218]) und in so fern die aus dieser Ehrfurcht hervorgehenden Pflichten, das Verbot einer peinlichen Anklage, oder einer infamirenden Klage, oder des vor Gericht Ziehens überhaupt, endlich die Schärfung

214) l. 5. §. 1. D. h. t. (25. 3.)
215) l. 5. §. 4. D. h. t. (25. 3.)
216) l. 5. §. 2. D. h. t. (25. 3.)
217) l. 5. D de lege Pomp. de parr. (48. 9.)
218) l. 1. §. 2. 3. de obs. par. vel patr. praest. (38. 15.)

Digitized by Google

der Verbrechen, [219]) sich auf beide Theile gleichmäßig beziehet, so ist doch immer die Reflexion bei der Hand, daß dieses sich doch nur auf die abstracte und leere Pietät erstreckt, daß das wirkliche Verhältniß eigentlich ein ganz verschiedenes ist, und daß in so fern die Mutter dem Vater doch bei Weitem untergeordnet sey, (*pietas* enim parentibus, *etsi inaequalis est eorum potestas*, aequa debitur. [220]) Daß diese Pietät weder in ihrer unmittelbaren Stärke, noch im Bewußtseyn des Gedankens vorhanden sey, beweist z. B. die Reflexion, die erst angestellt werden muß, daß auch Soldaten ihren Eltern diese Pietät schuldig seyen, (etiam militibus pietatis ratio in parentes constare debet. [221]) In dieser Bemerkung, die sicherlich nur einem Römer in den Sinn kommen kann, liegt die ganze Stärke des Gegensatzes des Substantiellen und Willkührlichen.

Wenn in die Stufe in der wir uns jetzt befinden, auch die bei Heirathen der Kinder nöthige Einwilligung des Vaters gehört, [222]) einigermaßen auch die Vormundsernennung u. s. w., so muß eben so hier davon gesprochen werden, daß die Gewalt in die jemand durch Adoption im engen Sinne kommt, seit einem Justinianeischen Gesetz [223]) nicht mehr eine strenge Gewalt, sondern lediglich ein Intestaterbrecht gewährt, während die Verhältnisse und Rechte zur natürlichen Familie dem Adoptivkinde ungeschmälert bleiben.

---

219) §. 6. I. de pub. jud. (IV. 18.) l. 11. D. de dolo malo (4. 3.) l. 4. §. 1. D. de in jus. voc. (2. 4.) l. 11. §. 1. D. de accus. (48. 2.) l. 9. ad leg. Pomp. de parr. (48. 9.)

220) l. 4. D. de curat. furioso (27. 10.)

221) l. 1. pr. D. de obs. (38. 15.)

222) pr. I. de nupt. (I. 10.)

223) l. 10. C. de ad.

Digitized by Google

B) Aus der väterlichen Gewalt und dem älterlichen Verhältniß entsteht aber die verwandtschaftliche Beziehung: In dieser Lehre muß nun derselbige Gegensatz und sein endliches Zusammengehen, wie in allen anderen Lehren des Römischen Familienrechts sichtbar seyn. Das verwandtschaftliche Verhältniß zerfällt also in folgende Theile:

a) die Verwandtschaft der Gewalt (agnatio),

b) die Verwandtschaft der Ungemeinschaftlichkeit oder des Blutes (cognatio),

c) die Einheit dieser Gegensätze.

a) In allen vorangegangenen weltgeschichtlichen Standpunkten, in dem Orientalischen, wie im Griechischen ist das Ueberwiegende und der Vorzug der Männer vor den Weibern bemerklich gemacht worden. Im Orient hatte dieser Vorzug noch den Character des natürlichen Uebergewichts, der Stärke und der Thätigkeit, über das Schwächere und Passive, in Griechenland war dieser natürliche Unterschied verschwunden, und die Frau hatte sich in ihrem Character als freie Bürgerin zur Gleichheit mit dem Manne erhoben. Aber unfreie Zurückgezogenheit zum Theil, zum Theil das hervortretende geschlechtliche Princip, nach welchem nur durch die Männerverwandtschaft die Ehre und der Glanz des Geschlechts erhalten wird, lassen die durch Männer Verwandte in den Wirkungen der Verwandschaft den bloß durch Weiber Verwandten vorgehen. Dieser Vorzug der Agnation vor der Cognation ist aber kein durchgreifender, am wenigsten stehen die Agnaten zu den Cognaten in einem absoluten Gegensatz. Es heißt im Attischen Rechte bloß ἐκ ἴσου, ἀλλὰ προτίμοις τοῖς ἄρρεσι τῶν θηλειῶν τὴν ἀγχιστείαν πεποίηκε, [224]) die Agnaten seyen den Cognaten

224) Isaeus ed Reiske p. 173.

nicht gleich, sondern gingen ihnen vor. Aber dieser Vorzug ist sehr beschränkt, wie im Attischen Erbrechte gezeigt worden ist. [225]) Im Römischen Rechte ist dagegen nicht von einem bloßen Vorzuge der Agnaten vor den Cognaten die Rede, sondern der Gegensatz des Natürlichen und Bürgerlichen, des jus gentium und jus civile hat in dieser Lehre seine rechte Stelle, und zwar in dem völligen Andersseyn der Agnation und Cognation. Mit anderen Worten die Agnaten sind von den Cognaten nicht etwa quantitativ verschieden, so daß sie das bloße Vorgehen hätten, es ist auch nicht das Verschiedenseyn des Mannes und Weibes, das hier das Princip ausmacht, denn auch ein Weib als solches kann Agnatinn seyn, sondern es ist der uns überall begegnende Gegensatz der Persönlichkeit, und des Römisch-Bürgerlichen, der hier recht grell, als bürgerliche und Blutsverwandtschaft auftritt. Betrachten wir jetzt von diesem Gegensatze, die Seite der Agnation.

Agnation ist diejenige Verwandtschaft, bei der bloß das Römische Criterium der Gewalt, nicht das Natürliche des Blutes in Frage kommt. Weil das Criterium des Blutes das Dazwischenkommen der Weiber voraussetzt, so ist auch die Agnation näher diejenige Römische Verwandtschaft die durch lauter Männer vermittelt ist. Aber, da die Gewalt für diese Vermittelung das eigentlich Bestimmende abgiebt, so würden Agnaten nur diejenigen seyn, die das Gemeinsame einer und derselben Gewalt theilten. Die Gewalt hat jedoch die Bestimmung aufzuhören, und es würde demnach zu folgen scheinen, daß auch die Agnation mit dem Aufhören der verbindenden Gewalt auseinander fiele. Dies ist aber nicht der Fall. Die Agnation setzt nämlich nicht die äußerlich existirende Gewalt, sondern

225) S. 1sten Band, S. 308.

die in ihrer Idealität nicht aufgehobene voraus; die Gewalt selbst aber kann sowohl durch natürliche Auflösung (Tod) als durch willkührliche (Emancipation) zerstört werden. Die natürliche Auflösung hebt nun zwar diesen bestimmten Gewaltnexus auf, aber sie läßt den sittlichen Zusammenhang ungestört, dagegen die Emancipation das sittliche Princip der Gewalt vernichtet, indem sie die willkührliche Aufhebung derselben ist. Hierin zeigt sich selbst wieder der Römische Gegensatz des Natürlichen und Willkührlichen, daß Emancipation, nicht aber der Tod, die Agnationsrechte vernichtet. Die Agnaten sind also nicht bloß die durch Männer, sondern die durch solche Männer vermittelten Verwandten, die nie durch willkührliche Handlung aus dem Familiennexus geschieden sind. Diese Criterien sind es, die das Wesen der Agnation ausmachen, wie dies aus folgenden Stellen deutlich hervorgeht.

Gaji Comm. III. §. 10.

Vocantur autem Agnati, qui legitima cognatione juncti sunt. Legitima autem cognatio est ea, quae per virilis sexus personas conjungitur. Itaque qui eodem patre nati sunt fratres agnati sibi sunt, qui etiam consanguinei vocantur, nec requiritur an etiam matrem eandem habuerint. Item patruus fratris filio et invicem is illi agnatus est.

Ulp. Fragm. XI. §. 4.

Adgnati sunt a patre cognati, per virilem sexum descendentes, ejusdem familiae veluti fratres, filii fratres, patrui, patrueles.

l. 195. §. 2. de verb. signif. (50. 16.) Ulpianus.)

Communi jure familiam dicimus omnium agnatorum, nam *etsi patrefamilias mortuo*, singuli sin-

gulas familias habent, tamen omnes, qui sub unius potestate *fuerunt* recte ejusdem familiae appellabuntur, qui ex eadem domo et gente proditi sunt.

So wie aber das mittlere Recht innerhalb der Agnation noch eine besondere Bestimmtheit der consanguinei festhält, [226]) so ist namentlich für das ältere Recht zwischen der Agnation und der Gentilität zu unterscheiden. Es ist bekannt, daß die Römischen Familien noch an den gentes eine höhere Einheit hatten, die sich äußerlich durch den Gentilitätsnamen bezeichnete, (gens adpellatur, quae ex multis familiis conficitur), [227]) Wer diesen Namen trug, stand zu einander im Verhältniß eines gentilis. Aber da auch Freigelassene den Gentilitätsnamen ihrer Patrone sich zugesellten, so konnte der bloße Name nicht das Entscheidende für das Gentilitätsverhältniß seyn, sondern es fällt in dasselbe das Ausschließen der sklavischen Herkunft nothwendig hinein. Mit der Agnation hat aber die Gentilität das gemein, daß die willkührliche Auflösung des Familienexus die Gentilitätsrechte, wie die Agnationsrechte vernichtet.

Cicero Topica cap. 6.

Gentiles sunt, qui inter se eodem nomine sunt qui ab ingenuis oriundi sunt, quorum majorum nemo servitutem servivit, qui capite non sunt deminuti. [228])

Die Bedeutung der gentes hängt aber wesentlich mit dem Begriff der Römischen Republik zusammen: im

226) Pauli nec. sent. IV. 8. 3.

227) Festus h. v.

228) Cf. Festus v. gentiles. S. Vermuthungen über den Zusammenhang der gentes und Curien bei Niebuhr Röm. Gesch. I. S. 230. u. fg.

Digitized by Google

Kaiserthum ist bei der vollständigen Gleichmachung aller vorhandenen Unterschiede, auch der von gens und familia untergegangen, der Name gens und familia wird identisch, und die Agnation und Gentilität bilden nicht mehr zwei verschiedene Stufen der bürgerlichen Verwandtschaft. So sagt Gajus schon von seiner Zeit, qui sint autem gentiles primo commentario retulimus, et cum illic admonuerimus, *totum gentilitium jus in desuetudinem abiisse* supervacuum est hoc quoque loco de ea re curiosius tractare.[229])

Da die Wirkungen der Verwandtschaft erst bei der Auflösung der Familie sich zeigen, so ist auch erst bei der Tutel und dem Erbrecht der Ort, wo die Agnation in ihrer Wirksamkeit eintritt. Bis dahin ist dieselbige die bloße Möglichkeit von Rechten, die erst dort ihre Erfüllung finden.

Der Tod der bürgerlichen Verwandtschaft ist die willkührliche Auflösung der Agnation (Emancipation), capitis deminutio. Schon oben (S. 155) ist bemerkt worden, daß das Römische Leben die drei Abstufungen, Freiheit, Civität und Familie hat, tria enim sunt, quae habemus, libertatem, civitatem, familiam.[230]) Im Alterthum und so auch im Römischen Alterthum, ist nämlich nicht das Individuum, zugleich als solches frei, Bürger und Mitglied einer Familie, sondern dieses sind Qualitäten, die außerhalb des Individuums liegen, und mit denen es als mit einem Besonderen bereichert ist. Dieser dreifache Reichthum kann in eben so vielen Stufen als er vorhanden ist, auch verloren werden, das heißt,

229) Comm. III. §. 17.

230) l. 11. D. de cap. min. (4. 5.)

es giebt drei Verringerungen (deminutiones) dieses Reichthums (caput). Der Verlust der Familie enthält noch nicht den Verlust des Bürgerthums und der Freiheit, der der Freiheit hingegen enthält das Aufgeben auch der beiden anderen Stufen. Diese Größe des Verlustes bestimmt den Namen desselben. Wir haben eine capitis deminutio maxima, media und minima. Aber das Wesen der drei angegebenen Stufen macht die Natur des Verlustes, die capitis deminutio zu einer ganz verschiedenen. Wer das Bürgerthum verliert, wird ein Peregrine, wer die Freiheit, nothwendig ein Sklave. Wer aber die Familie verliert, tritt in eine andre Familie, oder hat sich selbst, als seine eigene Familie. Während daher die capitis deminutio maxima und media wahre Verschlimmerungen sind, ist die deminutio minima, eine bloße Veränderung des status, da ein Individuum, das den Staat und die Freiheit zu seiner Substanz hat, nothwendig auch im Familienerus leben muß.

l. 11. de cap. min. (4. 5.) (Paulus.)

Igitur cum omnia haec amittimus, hoc est libertatem et civitatem et familiam, maximam esse capitis deminutionem, cum vero amittimus civitatem, libertatem retinemus mediam esse capitis deminutionem, cum et libertas et civitas retinetur, *familia tantum mutatur*, minimam esse capitis deminutionem constat. [231])

Indem also durch die Emancipation für den Emancipirten die Agnationsrechte verloren gehen, eröffnet sich

231) l. 7. D. eodem (4. 5.) §. 3. I. h. t. (I. 16.) S. meine Scholien zum Gajus S. 217. u. fg.

für ihn eine neue Familie, die freilich in ihm erst ihren Ausgangspunkt hat, aber von diesem aus die weiteren Folgen, Gewalt und bürgerliche Verwandtschaft hervorbringt.

b) Die Römische Geschichte, als die des Gegensatzes, stellt nun der Verwandtschaft der Gewalt, die durch das Aufhören der Gewalt eben so aufhört, die Verwandtschaft des Bluts (cognatio) gegenüber, oder die Verwandtschaft, bei der das natürliche Princip das Bestimmende ausmacht. Während also, wenn von der bürgerlichen Verwandtschaft die Rede ist, die drei oben genannten Stufen des Römischen Lebens in Frage kommen, und der Familieninhaber nothwendig frei und Römischer Bürger seyn muß, ist für den Begriff der Cognation nicht einmal der Zustand der Freiheit nothwendig, und eine servilis cognatio steht in dieser Beziehung nicht unter einer freien. Characteristisch meint daher Paulus [232]) ***non parcimus his nominibus id est cognatorum etiam in servis.*** Itaque parentes et filios, fratresque etiam servorum dicimus sed ad Leges serviles cognationes non pertinent. Das andere Moment ist sodann, daß die Verwandtschaft durch Weiber eben so die Cognation begründet, weil diese vom Standpunkte der Natürlichkeit aus, auf gleiche Weise, wie die Männer berechtigt sind, (cognationis origo et per foeminas solas contingit.) [233]) Die Cognaten machen nun im streng Römischen Sinne die familia nicht aus, denn dieses Wort, wird eigentlich lediglich von den Agnaten gebraucht: sie haben daher, als den Agnaten gegenüber, keine Familienrechte, selbst die Familienbegräbnisse sind ihnen als bloßen Cognaten verschlossen. (Jus familiarum

232) l. 10. D. h. t. 38. 10.)
233) l. 8. C. h. t.

sepulcrorum ad affines seu proximos cognatos, non heredes institutos minime pertinet. [234])

c) Aber die beiden schroff gegenüberstehenden Gegensätze der Agnation und Cognation haben dem Gesetze der Römischen Geschichte gemäß einander näher zu treten, und sich auszugleichen. Diese Ausgleichung kann nicht darin bestehen, daß der Unterschied der Agnation und Cognation aufhört, denn dieser Unterschied hat allerdings in dem Unterschied der Geschlechter seinen Grund, aber wohl darin, daß der Kampf der Agnation und Cognation in Beziehung auf die Wirkungen beider zu der Versöhnung gelangt, daß beide, Agnaten wie Cognaten als Gleichberechtigte erscheinen. Dieser Kampf hat aber erst in der Sphäre der Auflösung der Familie, namentlich im Erbrechte statt, und seine Darstellung ist also erst dort, wo er wirklich gekämpft wird, zu geben, so wie auch das Erbresultat erst dort seine Stellung hat.

Als das dritte Verhältniß der Römischen Familie, in ihrem Bestehen ist endlich (S. 300) das Sklavenverhältniß genannt worden. Ehe wir die verschiedenen Momente dieses Verhältnisses entwickeln, ist ein vergleichender Rückblick zu den Vorrömischen Standpunkten an seinem Orte.

Es ist schon bemerkt worden, daß wie vielfältig auch im Orient Sklaven gefunden werden, doch von einem eigentlichen Sklavenrecht nicht die Rede seyn könne. Dies nämlich setzt die Existenz der freien Individualität voraus, die aber noch nicht an und für sich frei ist, denn diese erforderte eben so das Aufhören alles Sklavenverhältnisses, wie die noch nicht geborne Individualität das noch nicht Anfangen desselben enthält. Mit dem Christenthum ist das Sklavenverhältniß unverträglich,

234) l. 8. C. h. t.

weil nach demselben der Mensch nicht durch eine anderweitige Qualität als er selbst ist, gilt, durch Civität, Ingenuität u. s. w., sondern dadurch daß er Mensch ist, das Sklavenverhältniß aber durchweg dadurch berechtigt ist, daß der Mensch durch etwas Anderes als er selbst ist gilt, als ingenuus, civis u. s. w. Aus dem umgekehrten Grunde ist im Orient das eigentliche Sklaventhum eben so unmöglich, weil der Mensch überhaupt noch gar nicht gilt, nicht einmal als ingenuus, civis u. s. w., wenigstens nicht in seinem eigentlichen Lebenselemente, als freier Mensch gilt. Das Verhältniß des Sklaven im Orient, ist daher lediglich das relative Verhältniß des Dienenden gegen seinen Herrn, da dieser Herr im Grunde gegen einen Anderen, und so ins Unendliche weiter, eben so dienstbar seyn könnte. Das, daß jemand ohne irgend eine Beziehung auf einen Herrn, Sklave sey, ist im Orientalischen Rechte unmöglich, denn es setzte voraus, daß jemand seinem Begriffe und seiner Bestimmung nach frei sey, oder mit anderen Worten, es setzte das Vorhandenseyn von Unterschieden voraus, die zwar als steife und feste Kasten, nicht aber als Begriffsunterschiede sich vorfinden.

In Griechenland ist es zuerst, wo die Unterschiede, und mit ihnen die Individualitäten hervorbrechen. Aber das Individuum ist hier noch nicht das im Kampf begriffene, und mit sich selbst und seinem Ursprung entzweite Individuum, es ist, wiewohl es hervorgetreten, selbstständig und frei ist, noch in der Einigung mit der Natürlichkeit und der Substanz des Ursprünglichen, das nur jetzt den Hintergrund einnimmt, und die frei gewordene Individualitäten vorne walten läßt. Diese Einigung des Freien und Substantiellen, ist die Freiheit in ihrer ersten Gestaltung, als freie heitere und schöne Kunst. Die Griechische Familie ist daher an ihrem Orte, als die schöne Familie

bezeichnet worden. Es ist in derselben das Substantielle auf keine Weise geschwunden, und doch bewegt sich das Individuum darin als freie und selbstständige Gestalt, es gilt, ohne daß darum dem Familienganzen Eintrag geschehe. Die väterliche Gewalt und ihre Pietät sind wesentlich vorhanden, darum ist das Kind aber nicht das einer durchweg zwingenden Willkühr unterworfene willenlose Individuum. In der Verwandtschaft unterscheiden sich Agnaten und Cognaten, aber sie machen nicht diese im Kampf begriffenen Unterschiede aus; eben so verhält es sich mit dem Sklaven. Das freie und schöne Griechische Individuum hat allerdings ein Jenseits, das ihm ewig fern bleibt, mit dem es nicht weiter zu kämpfen hat, das Jenseits des Barbarischen. Es ist dieses allerdings ein Gegensatz, aber ein ruhiger Gegensatz; es kann keinem Griechen in den Sinn kommen, aus Barbaren Griechen zu machen. Der Augenblick, wo dieser Gedanke aufkommt, das Moment des welterobernden Griechenlands, erweist sich zugleich als das der Vernichtung und Auflösung des Griechischen Lebens. Eben so hat das freie Griechische Individuum an dem Sklaven einen Gegensatz, aber dieser Gegensatz ist eben so ein ruhiger und heiterer. Die Geschäfte der bürgerlichen Gesellschaft, welche schon das Römische Privatleben sich selbst vindicirt, sind hier noch vollständig an Sklaven ausgeschlossen. Dieses ist ihre Thätigkeit, in der sie sich allerdings häufig zur Freiheit emporschwingen, und als Sklaven schon bisweilen eine Art von Selbstständigkeit des Belangens und Verpflichtetseyns ausüben, [235]) aber der feste und scharfe Gegensatz von Sklaven und Freien, der Kampf, und das einer der beweglichsten zwi-

235) Demosth. adv. Pantaenet. IV. p. 80. advers. Kall. V. p. 81. Aesch. adv. Tim. p. 8. 9.

schen Freiseyn und Sklaventhum, in dem sich der Begriff der Römischen Geschichte auf eine ganz energische Weise abspiegelt, ist in dem Griechischen Leben noch auf keine Weise sichtbar.

In Rom zuerst ist es daher, wo es nicht bloß Sklaven giebt, sondern wo diese Sklaven selbst ein wesentliches Moment des Familienganzen ausmachen. Es ist schon oben bemerkt worden, daß, wenn die Griechen Barbaren gegenüber haben, die aber stets in diesem ruhigen Jenseits verbleiben, dieses Jenseits bei den Römern wesentlich die Gestalt des Fremden, der Peregrinität annimmt. Es sind nicht Barbaren, die den Römern gegenüber sind, sondern Fremde (peregrini, gentes) das Nichtrömische Recht ist nicht barbarisches Recht, sondern jus gentium. Damit ist aber zugleich die Aufgabe gesetzt, diese gentes zu bekämpfen, zu Römern umzuschaffen, ein Resultat welches das Endresultat der ganzen Römischen Geschichte ist. Eben so ist das Verhältniß der Freien und Sklaven, nicht mehr dieses ruhige Verhältniß, daß diese für jene die Geschäfte der bürgerlichen Gesellschaft verrichten, sondern der Gegensatz hat wesentlich die Gestalt von Kämpfen, Uebergängen, und von einer vollständigen Geschichte dieses Drängens und Treibens gegen die Freiheit hin und umgekehrt, und die Freilassungen mit ihrem Rechte und ihren verschiedenartigen Wirkungen füllen eben so sehr die wichtigsten Blätter der Römischen Geschichte aus, als die Sklaven zugleich mit dem Namen (familia) auch eines der drei Momente der Familie einnehmen.

Die Einheit dieses Gegensatzes von Freiheit und Sklaventhum ist aber nicht bloß die Ausgleichung beider Seiten, so daß beide an Kraft und energischer Haltung gegen einander verlieren, sondern da beide Seiten, das Sklaventhum und das Freiseyn, bis an das Ende der Römischen

Geschichte, wenn auch nicht mehr den kämpfenden Gegensatz der mittleren Zeit, doch aber einen ruhigen Gegensatz bilden, so ist eben so das dritte Moment oder die Einheit beider Seiten, nicht sowohl allein das Product der geschichtlichen Bewegung, als vielmehr eine feste Existenz und ein fester Zustand, der so alt ist, als beide Gegensätze selbst. Um dies deutlicher zu machen, kann an eine schon vorangegangene Erörterung erinnert werden, nämlich an den Kampf des Testaments und der Intestaterbfolge. Die Versöhnung und der Frieden in diesem Kampf erringt sich allerdings, in Gestalt des Notherbenrechts und Pflichttheils, aber beide Seiten fahren dennoch fort in einem ruhig gewordenen Gegensatze zu verharren, und die Identität beider wird eben so zu einem festen und selbstständigen Momente, das in dieser Selbstständigkeit eine Reihe von Sätzen und Consequenzen entwickelt. So bietet der Kampf des Sklaventhums und der Freiheit allerdings einerseits das im Fortgang der Geschichte errungene Resultat der Ausgleichung des Kampfes dar, andrerseits aber ein drittes Moment, das eine in beiden Gegensätzen begründete feste Existenz hat, und das sowohl die Seite der Freiheit als die des Sklaventhums in sich enthält.

Nachdem diese vorläufigen Bemerkungen vorangeschickt worden, wollen wir die Sache sich selbst entwickeln lassen. Diese Lehre zerfällt, in

I. Die Sklaven in der Gewalt:
   a) Entstehung. b) Zustand. c) Freilassung.
II. Die Sklaven als Freie (libertini).
   a) Zustand. b) Kampf dieses Moments und des vorangegangenen. c) Ausgleichung des Kampfes.
III. Die Einheit beider Momente:
   (Die Sklaven als liberti.)

Digitized by Google

I. Die Sklaven in der Gewalt. Die erste Frage die hier aufkommt, ist die, wie entsteht diese Gewalt, und so haben wir denn zur Auseinanderlegung dieses Punktes zu schreiten.

a) Die Sklaverei ist nur denkbar, in so fern der Mensch nicht als solcher, sondern als etwas Anderes wie er ist, gilt: sie setzt daher den Gedanken der ursprünglichen Entzweiung der Menschen, und der ihr zu Grunde liegenden Naturnothwendigkeit voraus, welcher Gedanke hauptsächlich die aristotelische Vertheidigung der Sklaverei ausmacht. [236]) Liegt der Grund derselben aber in dieser Entzweiung, so ist es ganz consequent, daß die Römer den Boden dafür außerhalb ihrer selbst suchen, d. h. daß sie von der Sklaverey sagen, sie gehöre zum jus gentium. Wenn von der väterlichen Gewalt von den Römern behauptet wurde, sie sey durchweg Römischer Natur, und kein anderes Volk habe sie, so ist dies deshalb, weil in dieser Seite, welche Härte sie auch darbietet, das schlechthin Andre nicht so zum Bewußtseyn kommt, als in der Sklaverei. Es würde gleichsam ein Schimpf seyn, und die Römer zu Sklaven herabsetzen, wenn es heißen könnte, die Sklaverey sey ausschließlich Römisches Recht. Der Grund, der nun für diese Classificirung der Sklaverey im jus gentium gegeben wird, ist freilich ein äußerlicher, daß man die Sklaverei fast bei allen Völkern finde, (nam apud omnes peraeque gentes animadvertere possumus, dominis in servos vitae necisque potestatem esse et quodcunque per servum adquiritur, id domino adquiritur, [237]) es liegt aber in dieser

236) Arist. Polit. lib. 1. cap. 2.

237) Gaji Comm. I. §. 52. l. 1. D. de his. qui sui (1. 7.) §. 1. I. h. t.

Aeußerlichkeit, namentlich darin, daß fast der ganze Inhalt des Sklavenrechts mit angeführt ist, eine Abweisung, wenn man diese Consequenzen etwa für eigenthümlich Römische halten sollte. Dieses, daß gesagt wird, die Sklaverey gehöre zum jus gentium hindert übrigens nicht, daß nicht die Römische Sklaverey eine dem Römischen Geiste gemäße eigenthümliche Gliederung habe.

Hat so die Sklaverei ihren Sitz im jus gentium, so ist die unmittelbarste Entstehungsweise derselben der Conflict der Römer und der gentes, das Recht der Eroberung und Beute, der Krieg. Der öffentliche Verkauf dieser Erbeuteten (sub corona venditi), unterschieden von den (sub jugum missis) wird von Römischen Schriftstellern vielfältig beschrieben, [238]) doch hat die dieser Entstehungsweise entnommene Etymologie des Wortes servus, daß er bello servatus sey, nicht viel für sich. [239]) Mehr wie im Worte servus liegt die Bedeutung dieser Entstehungsweise im Worte mancipium, worin allerdings das Gewaltsame des Ausgangspunkts ausgedrückt ist. Es ist schlechthin der Conflict nach außen hin, der Krieg zwischen den Römern und gentes, der die Sklaverey bewirkt, weshalb denn auch in Bürgerkriegen, in Kriegen zwischen Römern und Römern keine Sklaven gemacht werden können. (In civilibus dissensionibus, quamvis saepe per eas Respublica laedatur, non tamen in exitium Reipublicae contenditur: qui in alterutras partes discedent vice hostium non sunt eorum, inter quos jura captivitatium aut postliminiorum fuerunt: et ideo captos et venumdatos posteaque manumissos placuit super-

238) Dionys. Hall. III. 22. Livius V. 22. Gellius noct. att. VII. 4.

239) §. 2. I. de jure pers. (I. 3.) Isidori orig. IX. 4.

vacuo repetere a Principe ingenuitatem, quam nulla captivitate amiserant. [240])

Der Krieg, als die unmittelbare Entstehungsweise der Sklaverey, ist und bleibt der allgemeine Anfang derselben, ja, weil nur ein bestimmter Ausgangspunkt für sie denkbar ist, so kann man sagen, der Krieg ist die einzige Entstehungsweise der Sklaverey. Aber wenn er es auch für die Sklaverey im Allgemeinen ist, so ist er es nicht für diese Sklaverey, d. h. dafür daß dieses Individuum Sklave dieses Herrn ist. Hierzu bedarf es nun vermittelter Entstehungsweisen, entweder der natürlich vermittelten, daß jemand das Kind einer Sklavinn sey, [241]) oder auch der bürgerlichen Vermittelung des Verkehrs überhaupt. Es gehören hierher alle jene Particularitäten, welche aber mehr die äußerliche Sittengeschichte angehen, der Sklavenhandel, und die dabei üblichen Formen des Gutsagens und Haftens, wobei die Sklaven auf eine Linie mit den Thieren kommen, wenn das nicht eine Ausnahme macht, daß man auch für ihre geistigen Eigenschaften aufkommen muß, [242]) (z. B. daß sie keine fures seyen) u. s. w. Durch diesen Sklavenmarkt ist das, was der Krieg nur unmittelbar giebt, zu einem Vermittelten, Festen, in Sitte und Staat Eingreifendem geworden.

Wenn das außerhalb des Römischen Volkes Befindliche, das Gebiet für die Sklaverei ist und der Krieg somit ihre Entstehungsweise, welche die Sklaven von außen zum Gebrauche des Römischen Volkes herbeischafft, so ist die entgegengesetzte Seite das Ausstoßen eines

240) l. 21. D. de capt. (49. 15.)

241) §. 3. I. h. t. (I. 3.) l. 19. 24. D. de st. hom. (I. 5.)

242) Gellius IV. 2. VII. 4. Cicero de off. III. 17. Tit. D. de aed. Ed. (21. 1.)

Römischen Bürgers, und der sittliche Krieg des Staates gegen das Individuum, welcher die Strafe ist, wenn diese Strafe zugleich die Freiheit umfaßt, eben so ein Entstehungsgrund der Sklaverey, nur daß diese Sklaverey alsdann mehr eine Negation der Freiheit, wie das positive Setzen eines unfreien Verhältnisses ist; die Sklaven dieser Art sind nicht servi schlechtweg, sondern ihre servitus ist immerfort mit einem Grunde behaftet, der auch ihrem Namen zukommt, sie sind servi poenae, [243]) wenn auch nicht durchweg alle die aus Strafe Sklaven werden, so genannt sind; sie haben eben so wie die Kriegsgefangene bisweilen den Tod verwirkt, und die Unfreiheit ist das Surrogat dieses Zustandes. [244]) Aber sie sind mehr gegen den Staat diese Unfreien, als in Beziehung auf ein Privateigenthum. [245]) Dahin gehören nun die sich dem Kriegsdienst oder dem census entzogen, [246]) also den beiden Römischen Haupt-Bürgerpflichten; einem solchen, meint Cicero, wird nicht erst die Freiheit genommen, sondern der Unterlassende ist schon von selbst nicht frei, da der Kriegsdienst eben die Manifestation seiner Freiheit wäre, und wenn das Volk einen incensus verkauft, [247]) so will es damit sagen, daß so wie der census den Sklaven zur Freiheit bringt, so habe sich der sich Entziehende selbst für unfrei erklärt. (Jam populus, cum eum vendidit, qui miles factus non est, non adimit ei libertatem, sed judicat, non esse eum liberum, qui ut liber sit

243) l. 6. §. 6. D. de injusto (28. 3.)

244) l. 29. D. de poen. (48. 19.)

245) Plinii ep. X. 40.

246) Dionys. Hall. IV. 15.

247) Diese kommen ins Privateigenthum, aber außerhalb Rom (trans Tiberim.)

Digitized by Google

adire periculum noluit: cum autem incensum vendit, hoc judicat; cum is, qui in servitute justa fuerit, censu liberetur, eum, qui cum liber esset, censeri noluerit, ipsum sibi libertatem abjudicasse. [248]) Ferner gehören hierher die damnati ad metalla vel bestias, [249]) die undankbaren Freigelassenen, [250]) die freien Frauen, die mit Sklaven sich fleischlich vermischt hatten, nach dem S. C. Claudianum, u. s. w. Der besondere Gedanke dieser Strafe ist der oben angegebene Ciceronische, daß die Bestraften sich selbst für nicht frei erklären, weswegen auch der major XX annorum, der sich verkaufte, und für sich einen Preis erhielt, nicht die Freiheit fordern kann, (proclamare ad libertatem.) [251]) So wenig die welche ex causa mancipii unfrei sind, hierher gehören, eben so wenig sind die Unfreien wegen Schulden (addicti) hierher zu rechnen, wie hart auch sonst das Verhältniß, namentlich in früheren Zeiten gewesen seyn mag. [252])

Aber diese Weise der Sklaverey, als einer Strafe, indem sie gleichsam das Bürgerthum voraussetzt, und eine Beraubung desselben ist, hat die Substanz des Staates zu ihre Ausgangspunkte, sie unterscheidet sich darin wesentlich von der Sklaverey durch Krieg, welche ihre Entstehung außerhalb des Staates hat; sie ist in so fern im Gegensatz der servitus gentium eine servitus juris civilis, (fiunt aut jure gentium id est ex captivitate aut *jure civili.* [253]) So hätte die Dialectik dieser Entstehungsweisen auch hier wie überall, diesen Römischen Gegensatz aufgewiesen.

---

348) pro Caecina cap. 34.
349) §. 4. I. quib. mod.
250) Suetonius in Claudio cap. 25.
251) l. 1 — 3. D. quibus ad libert. (40. 13.)
252) S. meine Scholien zum Gajus S. 160. 161.
253) §. 1. I. de jure pers. (I, 3.)

Digitized by Google

Die Einheit dieser Gegensätze der Entstehungsweisen jedoch ist nothwendig das was den Inhalt des Sklaventhums ausmacht, der Zustand der Sklaven in Rom.

b) Der Zustand der Sklaven in Rom selbst aber, oder der Begriff des Sklaven hat den Römischen Dualismus wieder in sich. Diese Differenz kann hier in dieser Sphäre zunächst so ausgedrückt werden, der Sklave ist einerseits eine Sache, andrerseits ein Mensch.

1) Der Sklave als Sache. Diese Seite des Verhältnisses bedarf am wenigsten einer weiteren Erörterung. Es ist bekannt, daß der Sklave keine Persönlichkeit hat, er kann verschenkt, verkauft, legirt, überhaupt veräußert werden, der Herr hat das Zerstörungsrecht, hier jus vitae ac necis, und wenn, vom Kaiser Antoninus ab, diese Rechte des Tödtens und der harten Behandlung aufhören, so geschieht dieses nicht in der Form, daß die Menschheit des Sklaven hervortritt, sondern in der anderen, daß man für den Herrn als einen prodigus sorgen müsse, damit er nicht sein Eigenthum muthwillig vergeude, (male enim *nostro jure* uti non debemus, qua ratione etiam prodigis interdicitur bonorum suorum administratio oder expedit enim Reipublicae ne quis *sua re male utatur.* [254])

2) Der Sklave als Mensch. Aber trotz dieses äußerlichen Grundes, den die formelle Consequenz des Römischen Rechts gegen die üble Behandlung der Sklaven anführt, so daß hier eben recht die Sachlichkeit derselben hervortritt (ne quis *sua re* male utatur), und das Recht, sie als Sache zu behandlen, ausgesprochen wird (nostro jure uti), liegt dennoch der eigentliche Bewegungs-

254) Gaji Comm. I. §. 53. §. 2. I. h. t. (1. 8.) l. 1, 2. D. de his, qui, (1. 6.)

grund tiefer, nämlich in der menschlichen Rücksicht, wenn sie auch weiter mit Worten nicht berührt ist. [255]) Daß die saevitia der Herrn gezügelt ist, hat bei aller anscheinenden Fürsorge für sie die weitere Bedeutung, daß die Sklaven Menschen seyen, wenn dieses gleich auf einem Umwege ausgedrückt seyn mag. Aber der Kunstausdruck für den Sklaven im Römischen Recht selbst, ist das Wort homo, das heißt der Sklave unterscheidet sich von allen anderen Sachen dadurch, daß er ein Mensch ist. Fügt man nun hinzu, daß nicht nur alle Arbeiten, die heut zu Tage der bürgerlichen Gesellschaft zufallen, namentlich in den früheren Zeiten Roms, das Geschäft der familia urbana oder rustica waren, daß die Sklaven nicht bloß als Aerzte, sondern auch sonst als Künstler und Gelehrte häufig Auszeichnung genossen, ja daß sie als servi publici selbst in thätigen Diensten des Staates sich befanden, und sogar ein Vermögen, nebst dem Rechte über die Hälfte zu testiren hatten, [256]) so muß man andererseits gestehen, daß der menschliche Character in den Sklaven nicht völlig unterdrückt war, sondern daß sie auch jene Römische Differenz an sich hatten, als Sachen zugleich Menschen zu seyn. Dahin gehört ebenfalls, daß sie den Haussöhnen gleich, ein peculium hatten, woran das Verwaltungsrecht ihnen völlig zustand. Nur in so fern sie diese Seite der Persönlichkeit an sich haben, können sie auch darauf Anspruch machen, als ein wesentliches Moment der Römischen Familie und selbst mit diesem eigenthümlichen Namen angethan aufzutreten. Die Veränderungen die die Christliche Religion in ihren Zustand ge-

255) S. meine Scholien zum Gajus S. 82.
256) Ulp. XX, 26.

bracht, gehören nicht mehr zu dem Begriff der Römischen Geschichte.

3) Indem nun dieser Gegensatz sich vorfindet, daß die Sklaven zugleich Sachen und Menschen seyen, ist das Nächste, sich nach der Versöhnung dieses Gegensatzes umzusehen. Wenn nun gesagt wird, die Sklaven seyen Sachen und Personen zugleich, so heißt das nichts anderes, als sie seyen zwar noch keine Personen, aber in ihnen liege die Möglichkeit Personen zu werden. Sie haben als Sachen auch die Anlage zur Persönlichkeit, d. h. sie können aus der Sache in die Persönlichkeit übersetzen. Dieses aus der Sache herausgelassen, oder freigelassen zu werden, vollbringt sich in dem Momente der Freilassung.

c) Die Freilassung ist also das letzte Moment des Sklaventhums der Gewalt, sie fällt als dieses innerhalb der Gewalt selbst. Nun bietet sie nicht wie die Emancipation den vorangehenden Kampf der Willkühr und des Substantiellen dar, so daß erst nach diesem Kampfe die letzte Entscheidung in Form der Manumission auftritt, sondern da die Herrschaft über Sklaven nichts als diese Herrschaft bedeutet, so wird sie durch die einfache Willkühr des Herrn aufgelöst, vorausgesetzt, daß diese Willkühr der vorgeschriebenen Form sich bedient habe. Diese Formen können entweder das enthalten, daß der Sklave als frei in die Schätzungstafeln eingetragen wird, censu, [257]) oder vor einer competenten Magistratsperson vindicta [258]) entlassen wird, oder endlich durch die allgemeine Form der Willkühr testamento.

---

257) Ulp. Fragm. I. §. 8. Theoph. ad §. 4. I. (I. 5.) Fragm. vet. Jurec. §. 19. Cicero pro Caecina cap. 34. de oratore I. cap. 40.

258) Ulp. I. 9. Theoph. l. l.

Digitized by Google

Der Kaiser, als die Spitze der Willkühr, kann selbst vindicta freilassen ohne ihre Form zu beobachten. [259]) Unfeierlichere Formen als per epistolam, convivio, oder wie der allgemeine Name ist, inter amicos, bringen auch geringere Wirkungen der Freilassung hervor. Aber in der Kaiserzeit tritt an die Stelle der willkührlichen Entlassung häufig die Freisprechung abseiten des Staates, theils als Belohnung der Sklaven für öffentliche Verdienste, theils als Strafe gegen die Herrn; [260]) die Christliche Zeit hat endlich eine Freilassung in Form einer manumissio in sacrosanctis ecclesiis.

II. Die so freigelassenen Sklaven sind nun Freie. Aber diese ihre Freiheit hat die Bedeutung aus der Nichtfreiheit hervorgegangen zu seyn. Sie ist zwar die vollständige, aber die erst gewordene, nicht die von vorn herein seyende Freiheit sie ist die mit der Farbe des Sklaventhums noch behaftete Freiheit. So hat sich in der Sphäre des Freiseyns selbst, dem Gesetze der Römischen Geschichte gemäß, ein neuer Gegensatz aufgethan. Der Gegensatz der Ingenuität und Libertinität, des von vorn herein frei Seyenden und des erst frei Gewordenen, (liberorum hominum alii ingenui sunt alii libertini, [261]) Insofern nun die libertini den ingenuis gegenüber stehen, haben sie zuvörderst einen Zustand, der sie von diesen unterscheidet.

a) Die libertini haben einen neuen eigenthümlichen Zustand, mit anderen Worten, sie sind im Gegensatz der ingenui nicht so berechtigt wie diese. Ihre Civität war wahrscheinlich bis zur Censur Appius des Blinden mit der

259) l. 14. D. de man. vind. (40. 2.

260) S. meine Scholien zum Gajus S. 45. u. fg.

161) Gaji Comm I. §. 9.

Unfähigkeit behaftet, in irgend einer bestimmten Tribus Stimmrecht zu haben, [262]) d. h. ihr Bürgerrecht ist noch in seiner abstractesten Allgemeinheit nicht in der bestimmten Besonderung dieser Abtheilung vorhanden. Wenn nun auch nach der genannten Censur das vollständige Bürgerrecht ihnen zeworden ist, so hat jedoch die Kaiserzeit Beschränkungen aufzuweisen, die auch ins Privatrecht hinübergreifen, wohin z. B. das Verbot der lex Papia gehört, welche die Ehen der Mitglieder senatorischer Familien mit Libertinen in der weitesten Ausdehnung verbietet. [263]) Dieser Gegensatz der Libertinität und Ingenuität, kann nur dadurch ausgeglichen werden, daß der Kaiser diese Ausgleichung in Form eines Privilegiums ausspricht, (jus aureorum annulorum), [264]) wodurch indessen nur der Schatten (imago) der Ingenuität erlangt wird, nicht der status selbst, [265]) oder auch daß eine verlorene Ingenuität wieder erneuert wird (natalia restituendi.)

Wenn dies der Gegensatz der Libertinität und Ingenuität und seine Ausgleichung ist, so finden sich in dem Stande der Libertine selbst wiederum Gegensätze, oder mit anderen Worten, die Libertinen sind unter sich selbst verschieden. Der Anfang der Römischen Geschichte, welcher, wie schon oft bemerkt worden, noch die Einigung der später erst hervorbrechenden Gegensätze ist, kennt diesen Unterschied noch nicht, (a prima urbis Romanae cunabulis *una atque simplex* libertas competebat, id est eadem

262) S. Niebuhr Römische Geschichte I. S. 388. S. dagegen Dionys Hall. IV. 22.

263) l. 32. D. de ri. nupt. (23. 2.)

264) l. 1 — 6. D. de jure aur. an. (40. 10.)

265) l. 2. C. h. t. (§ 8.)

quam habebat manumissor, [266]) erst später bricht er hervor und zwar auf folgende Weise. Oben ist von der Römische Trias, Freiheit, Bürgerrecht und Familie gesprochen worden; keines dieser Momente kann ohne das vorhergehende bestehen, Bürgerrecht nicht ohne Freiheit, die Familie nicht ohne Beides, wohl aber kann jedes einzelne ohne das nachstehende vorhanden seyn. Zwischen der Freiheit und dem Bürgerrecht ist also ein Unterschied da, und zwar hat dieser Unterschied Stufen. Der Freigelassene kommt daher nothwendig auf einer dieser Stufen zu stehen. Der Maaßstab für diese Stellung ist erstens die Würdigkeit des früheren Sklaven, dann das Recht des Herrn an dem Sklaven, drittens die Weise der Freilassung.

Alle Sklaven die wegen gewisser Vergehen bestimmte Strafen erlitten haben, (qui poenae causa vincti sunt a domino, quibusve stigmata scripta fuerunt, qui propter noxam torti nocentesque inventi sunt, quive traditi sunt, ut ferro, aut cum bestiis depugnarent, vel in custodiam coniecti fuerunt), [267]) sollen, wie sie auch freigelassen worden, das schlechteste Recht der Peregrinen genießen, d. h. Deditition seyn, [268]) sie dürfen sich weder in Rom, noch innerhalb des hundertsten Meilensteins von der Stadt aufhalten, [269]) können nie das Römische Bürgerrecht erhalten, und entbehren so des daraus folgenden Rechts der testamentifactio. [270])

---

266) §. 3. I. de lib. (1. 5.) Theoph. I. I. Cicero pro. Balbo cap. 9. Dionys. Hall. c. 24.

267) Ulp. I. §. 11. Suetonius Aug. cap. 40.

268) Ulp. I. I. Theoph. I. 5. §. 3. §. 3. I. de libert. (1. 5.)

269) Gaji Comm. I. §. 27. S. meine Scholien zum Gajus S. 48 — 50.

270) Gaji Comm. I. §. 25. III. §. 75.

Digitized by Google

Die zweite Stufe, auf der ein manumittirter Sklave zu stehen kommen kann, ist die der Latinität. Sie tritt ein, sobald der Herr den Sklaven selbst nur in bonis hatte, [271]) ferner sobald die Manumission nicht in der vorgeschriebenen Weise statt fand. Aber diese Stufe der Latinität ist selbst ein, dem Kampfe des Freiseyns und der Gewalt abgerungener Zustand: er hat erst als Resultat dieses Kampfes eine Bedeutung, und darf also erst da erscheinen wo von diesem die Rede ist.

Die dritte und letzte Stufe, auf der ein Freigelassener steht, ist endlich das Römische Bürgerrecht selbst. Die höchsten und bevorzugtesten Libertinen sind die libertini cives Romani. Mit dieser Stufe, vollendet sich die Dreiheit des Libertinenstandes [272]).

Das Letzte des ersten Moments, welches die Sklaven in der Gewalt begriff, war die Freilassung, damit war der Uebergang zum Momente der Libertinität gesetzt. Indem beide Momente, das der Libertinität und der Gewalt gegenüberstehen, kommen sie dem Gesetze der Römischen Geschichte gemäß in Kampf, welcher wie immer ein Kampf der Willkühr gegen das Substantielle ist. Der Kampf dieser Momente kann zunächst aber nur auf dem Boden des Uebergangs von einem zum Anderen, d. h. auf dem Boden der Freilassung geschehen, oder der Inhalt des Kampfes ist dieser Uebergang oder die Freilassung selbst. Mit anderen Worten, der Kampf hat zum Inhalt die Verhinderung und Beschränkung des Uebergangs von dem einen Momente zum Anderen, und das Ankämpfen gegen diese

271) Ulp. I. 16. S. meine Scholien zum Gajus. S. 29. 30. Zimmern in den Heidelberger Jahrbüchern 1821. S. 466. 467.

272) Ulp. I. §. 5. Gaji Comm. I. §. 12. §. ult. I. h. t. (I. 5.)

Beschränkung; es ist somit der Kampf der Freiheit und der Sklaverei.

b) Dieser eben genannte Kampf hat allerdings äußerlich lediglich die Bedeutung, daß zur Zeit, wo es noch darauf ankam die Römische Civität in Ehren zu erhalten, das Ueberhandnehmen der Freilassungen verhindert werden mußte; wohingegen das Nachlassen der Beschränkungen, aus der geringeren Ehre dieser Civität zu erklären wäre. Innerlich aber hat dieser Kampf keine andere Bedeutung als die der Römischen Geschichte selbst, wenn auch hier zu bemerken ist, daß die Gegensätze erst mit dem Ende der Republik auftreten.

Die Freilassung fällt innerhalb der Willkühr des Herrn, aber diese Willkühr ist auch andrerseits mit einem Gegenüber behaftet, das sie zwingt, d. h. die Willkühr muß sich einer bestimmten Form bedienen. Ist diese Form nicht vorhanden, so ist eben so nichts geschehen. Der in unfeierlicher Weise manumittirende Herr bringt den Sklaven nicht zur Freiheit. [273])

Aber, daß dieser Sklave nicht frei ist, liegt nicht in der Willkühr des Herrn, sondern in der nicht vorhandenen Form. Er ist also nur nicht frei, in so weit der Form nicht genügt ist; in Beziehung auf die Willkühr des Herrn dagegen wäre er frei. Das Weitere ist also, daß für den Sklaven ein Mittelzustand eingetreten ist, in welchem er nach der Seite des Herrn hin frei, nach der Seite der wirklichen Freiheit hin, unfrei ist. Der Herr hat kein Recht ihn zu Diensten zu zwingen, aber dennoch ist er unfrei. Dies heißt im Gegensatz des wirklichen Freiseyns domini voluntate in libertate morari, und der Praetor

273) Fragm. vet. Jurec. §. 6.

ist es, der diesen Zustand feststellt. [274]) Es bleiben diese Individuen Sklaven, aber factisch sind sie, wie sich die Römer ausdrücken, metu serviendi befreit.

Doch dieses, daß die Willkühr des Manumittirens an der Form ein Hemmendes hat, wird dadurch erweitert, daß die Beschränkung nicht bei der bloßen Form stehen bleibt, sondern auch in den Inhalt der Willkühr übergreift. Die lex Aelia Sentia verbietet die Manumission eines Sklaven unter 30 Jahren. Ist jedoch der minor XXX annorum vindicta freigelassen worden, und hat ein consilium von fünf Senatoren und Rittern in Rom oder von zwanzig Recuperatoren in den Provinzen, die Manumission gebilligt, so kommt der Freigelassene zur Freiheit und zum Bürgerthum. [275]) Die Freilassung durch Testament würde selbst nach erfolgter Billigung des consilii keinen Erfolg haben. Dagegen ist das Verhältniß umgekehrt, wenn von dem Zustande der nicht zur Freiheit gelangenden Sklaven die Rede ist: der vindicta Freigelassene ist selbst nicht vom factischen Dienen befreit, dagegen die Freilassung durch den höchsten Ausspruch der Willkühr, das Testament wenigstens das bewirkt, daß der Sklave domini voluntate in libertate ist. [276])

Aber das Uebergreifen des Verbots in das Recht der Freilassungen erfaßt nun auch die Person des Herrn. Die lex Aelia Sentia, verbietet außer der Manumission in fraudem Creditoris oder Patroni noch dem Herrn unter zwanzig Jahren zu manumittiren, es müßte denn

274) Fragm. vet. Jurec. §. 6. l. 16. §. 2. D. de bon. lib. (38. 2.)

275) Gaji Comm. I. §. 18. 20. Ulp. I. §. 12. Theoph. I. 5. §. 4. Ueber die Gründe, die dieses Consilium leiten sollen, und die allerdings einen substantiellen Werth haben, S. Gaji Comm. I. 19. 39.

276) Ulp. I. §. 12.

Digitized by Google

wie im vorigen Falle vindicta und causa probata geschehen seyn.[277]) Dieses Verbot hat wie das Vorige gar keinen Grund, als den der Beschränkung der Manumission überhaupt. Daß es an eine Bestimmung geknüpft ist, ist eben so zufällig, als diese Bestimmung (des Alters), selbst, eine Reflexion, die schon Gajus anstellt.[278])

Wenn es so unangemessen und zufällig erscheint, daß die Beschränkung eine qualitative Bestimmung, wie die des Alters des Sklaven oder Herrn erfaßt, so hat sich diese Beschränkung nun in ihrer angemessenen Form, in quantitativer Weise festzusetzen. Diese Beschränkung ist die der lex Furia Caninia, über die im Testamente Freizulassenden. Von dreien Sklaven sollen nur zwei, von da bis zehn nur die Hälfte, von 10 — 30 ein Drittel, von 30 — 100 ein Viertel, von 100 — 500 ein Fünftel freigelassen werden, mehr wie 100 aber niemals.[279]) Bei diesen Zahlenbestimmungen kann es keinem einfallen eine Rechenschaft zu verlangen, die qualitativere Bestimmungen erfordern.

Indem das Freilassen und seine Wirkung das Freiseyn sich somit in Differenz, d. h. im Kampf befindet, welcher hier in Gestalt von Beschränkungen und von Versuchen diese Beschränkungen zu vernichten auftritt, ist der weitere Fortgang nun die Aufhebung dieser Differenz.

c) Das einzige Begriffsmäßige in diesem Momente ist die Aufhebung der Differenz des Freilassens und Freiseyns. Der Gang dieser Aufhebung hat nun die Form

---

277) Ulp. I. 13. 15. Gaji Comm. I. §. 37 — 40. 47.

278) Gaji Comm. I. §. 40. Die Einsetzung des Sklaven als Notherben vertritt übrigens die Stelle der causae probatio. Ulp. I. 14. Gaji Comm. I. §. 21.

279) Ulp. I. §. 24.

Digitized by Google

eines allmähligen Ineinandergehens des Gegensatzes, und ist als solcher daher mehr zufällig und nur äußerlich darzustellen.

Das Gesetz selbst, welches die Beschränkung enthält, daß ein Sklave unter 30 Jahren nur unter sehr erschwerenden Formen zur Freiheit soll gelangen können, nämlich die lex Aelia Sentia, giebt selbst schon einen Gegensatz zu dieser Beschränkung; ein Freigelassener unter 30 Jahren, der nach ihr nicht zur Freiheit gelangt, kann wenn er etwa eine Römische Bürgerin, eine Latina oder auch eine Frau seines Standes heirathet, und zwar vor sieben Römischen Bürgern, und hinterher einen Sohn bekommt, wenn dieser Sohn ein Jahr alt geworden ist, vor dem Praetor oder Praeses provinciae erklären, daß er ex lege Aelia Sentia liberorum causa geheirathet, und aus dieser Ehe einen einjährigen Sohn habe. Durch diese Erklärung und nach geschehener Untersuchung (causa probata), gelangt der Vater, die Frau und das Kind zum Römischen Bürgerrecht. [280])

Die lex Junia auch Norbana genannt, verändert nun aber auch den Zustand derer, die, weil sie nicht zur Freiheit gelangen konnten, sich nun in einem in libertati morari befanden. Alle diese werden von nun an Latini, genannt Juniani. Während ihnen als solchen der schon durch die lex Aelia Sentia eröffnete Weg durch einen filius anniculus zur Civität zu gelangen offen steht, sind ihre Rechte als Latinen nicht sehr unterschieden von denen des früheren Zustandes. [281]) Zur Latinität gelangen die unfeierlich manumittirten und die Sklaven im bonitarischen Rechte

280) Gaji Comm. I. §. 29. §. 66. III. §. 73.

281) S. meine Scholien zum Gajus S. 40.

Rechte des Herrn, gleich denen auf welche die Beschränkung der lex Aelia Sentia fällt; eben so macht ein Senatusconsult auch die Latinen, die majores XXX annorum sind, des Vortheils theilhaftig, durch einen filius anniculus zur Civität zu gelangen. [282])

Es ist schon oben bemerkt worden, wie die spätere Kaiserzeit, weit entfernt davon die willkührlichen Manumissionen zu beeinträchtigen, selbst ipso jure eintretende Freiheit begünstigt, theils solche, die Civität, theils solche die Latinisches Recht gewährt; [283]) für den Latinen gab es selbst aber wiederum viele Weisen zur Civität zu gelangen. [284]) Alle Schwierigkeiten und Alles die Manumission Hemmende, also die Verordnungen der lex Furia Caninia, zum größten Theile auch die der lex Aelia Sentia u. s. w., werden endlich von Justinian aufgehoben, der somit die Differenz des Freilassens und Freiseyns, so weit es der Begriff der Römischen Geschichte gestattet, ausgleicht. [285])

Aber trotz dieser Ausgleichung sind das Sklaventhum und die Libertinität zwei sich gegenüberstehende, und wenn auch ruhig, doch im Gegensatz verharrende Momente. In

---

282) Gaji Comm. I. §. 31.

283) l. 4. D. de bon. lib. (38. 2.) l. 2. 5. D. qui s. m. (40. 8.) l. un. C. de lat. lib. toll. §. 3. 4. 7. 8. 9. (7. 6.) l. 1. in f. C. Th. (9. 24.) l. 1. 2. 4. C. pro quib. caus. (7. 13.) l. 26. l. 28. l. 51. D. de fid. lib. (40. 5.) l. 10. l. 19. 20. 23. de man. (40. 1.) S. mein Römisches Obligationenrecht S. 208 — 212.

284) Ulp. III. §. 1 — 6. Gaji Comm. I. §. 33. 34.

285) Tit. Cod. de dedit. lib. toll. (7. 5.) Tit. Cod. de lat. lib. toll. (7. 6.) Tit. I. de. leg. Fusia Can. toll. (1. 7.) Tit. id. Cod. (7. 4.) §. 7. I. quib ex caus. (1. 6) Nov. 119. cap. 2. l. 2. Cod. comm. de man. (7. 15.)

Digitized by Google

so weit diese Momente nun fest, d. h. dogmatisch sind, ist es nothwendig, daß die nicht bloß in der geschichtlichen Bewegung bestehende Einigung, sondern die eben so dogmatische Identität für dieselben eintrete. Dieses Moment hat den Zustand zu enthalten, in welchem ein Individuum Sklave und libertinus zugleich ist, den Zustand des libertus.

III. Der Zustand eines libertus ist das, zugleich ein vollständig Freier zu seyn, und doch in Beziehung auf den früheren Sklavenstand, Verhältnisse zu einem Dritten zu haben, welcher der ehemalige Herr ist. In diesem Momente ist weder die Härte des Sklavenstandes, noch die absolute Selbstständigkeit des Libertinenstandes vorhanden, sondern beides zusammen. Die Gewalt des Sklavenstandes ist zu einem Verhältniß der Ehrfurcht, des Gehorsams und der Pietät ermäßigt, so daß dasselbe beständig mit dem Kindesverhältniß zusammengestellt ist. [286]) Andrerseits muß sich die Libertinität bequemen von ihrer Zusammenhangslosigkeit und Ungemeinschaftlichkeit herabzusteigen, und in dem Patronat ein sie Zwingendes Substantielles anzuerkennen. Der Libertine ist nämlich des verwandtschaftlichen Verhältnisses vollkommen entblößt, denn er hat nur die Seite der cognatio servilis, dagegen ihm die Seite der Agnation vollkommen fehlt. Hier tritt nun das Patronat, und die Gegenseitigkeit dieses Verhältnisses, als das Vermittelnde und Stellvertretende der Agnation auf, und das Agnationsverhältniß eines ingenuus entspricht vollständig dem Patronatsverhältniß des libertus. Die Seite der Ehrfurcht (pietas, obsequium) erheischt, daß diejenigen Klagen, die gegen Aeltern nicht

286) Tit. D. de obsequiis parentibus et patronis praestandis (37. 15.)

angestellt werden können, auch gegen den Patron nicht zustehen, [287]) überhaupt gilt der Satz: liberto et filio semper honesta et sancta persona patris ac patroni videri debet. [288]) Daher denn die Undankbarkeit des libertus der Gegenstand einer eigenen richterlichen Cognition ist. [289]) Nur in dem Falle, daß die Patronin sehr niedriger Herkunft ist, wird die Ehe zwischen ihr und ihrem libertus gestattet. [290]) Aber das Verhältniß zwischen dem Patron und dem libertus, bleibt nicht lediglich bei dieser bloßen Abstraction von Pietät und Ehrfurcht stehen, sondern manifestirt sich eben so in der Sphäre des Vermögens. Die liberti sind in so fern noch immer mittelbar, als ein Vermögensrecht des Patrons zu betrachten, und als ein Theil seines Reichthums. Dahin gehört die Verpflichtung des libertus, den armen Patron zu ernähren, [291]) die opera, dona munera libertorum u. s. w. Dieses Verhältniß ist jedoch wieder ein gegenseitiges, und so ist der Patron auch gegen seinen libertus verpflichtet, er verliert das Patronatsrecht, wenn er ihm nicht Alimente giebt, [292]) er kann keine peinliche Anklage gegen ihn erheben, [293]) und ihm in nichts rechtlichem und erlaubtem hinderlich seyn. [294]) Der libertus übrigens, dem der Herr direct im Testamente, (nicht durch Fideicommiß) die Freiheit gegeben

287) l. 2. 5. 6. 7. D. de obsequiis (37. 15.)
288) l. 9. D. h. t. (37. 15.)
289) l. 1. 7. 18. D. de jure patr. (37. 14.)
290) l. 13. D. de rit nupt. (23. 2.)
291) l. 1. §. 18. l. 9. D. de agnosc. et al. (25. 3.)
292) l. 5. §. 1. D. de jure patr. (37. 14.)
293) l. 10. D. eodem.
294) l. 6. 17. D. eodem l. ult. D. de obs. (32. 15.)

Digitized by Google

hat, heißt orcinus. Die Sklaven, die ipso jure frei geworden sind, sind eigentlich keines Patrons liberti, wenigstens von den Pflichten dieses Standes befreit. [295])

Indem wir so die Familie ihrem Bestehen und ihrer Breite nach entwickelt haben, ist dieselbige nun nach der Seite ihrer Auflösung zu betrachten. Diese Auflösung vollbringt sich in folgenden drei Momenten.

A. Selbstständigkeit mit Schutz über die ganze Persönlichkeit des Selbstständigen (Tutel.)

B. Weitere Selbstständigkeit, mit bloßen Schutz über das Vermögen (cura.)

C. Vollständige Auflösung der Familie und ihre Manifestation in der Sphäre des Vermögens. (Erbrecht.)

A. Die Familie hat das Resultat sich aufzulösen. Aber wenn hier von der Auflösung der Familie gesprochen wird, so wird, in so weit hier die Betrachtung der Familie doch nur einzig und allein vorliegt, und der Uebergang in das Höhere nicht aufzuzeigen ist, nothwendig die Auflösung dieser bestimmten Familie verstanden. Die Familie an und für sich ist das im Staate niemals Aufhörende, und die Auflösung der Familie bedeutet nichts Anderes als der Uebergang von einer Familienvereinigung zum selbstständigen Bilden einer Anderen. Es befindet sich also niemand einen Augenblick außerhalb der Familie, und tritt er aus derselben, so ist er im selbigen Augenblicke der selbstständige Begründer und Ausgangspunkt einer neuen (paterfamilias.)

Was von der Auflösung der Familie hier zu sagen ist, bezieht sich also nicht auf den Uebergang der Familie in ihr Höheres, sondern auf den Mittelzustand, der sich im

295) l. 13. D. de op. lib. (38. 1.) l. 30. pr. qui. (40. 9.) l. 3. §. 3. de bon. lib. (38. 2.)

Uebergange der einen Familie zur Anderen bildet, oder auf die Auflösung dieser Familie. Es ist das, was sich bei dem Aufhören einer bestimmten Familie begiebt.

Die durch die Auflösung der bestimmten Familie selbstständig gewordenen Glieder können aber in der Lage seyn, diese Selbstständigkeit nicht auszuüben, und einen Schutz für diese Ausübung zu bedürfen (Tutel.) Die Tutel ist somit eine Ergänzung der Selbstständigkeit, welche das, was an innerer Autonomie fehlt, von außen hinzuthut. (Tutela est (ut Servius definit) vic ac potestas in capite libero, ad tuendum eum, qui propter aetatem se defendere nequit, jure civili data et permissa.[296]) Aber diese Ergänzung der Selbstständigkeit ist sowohl in Beziehung auf die Person wichtig, welche ergänzt wird, als auf diejenigen mit denen sie in feste Berührung kommt. Die Ergänzung der Selbstständigkeit ist somit sowohl ein Schutz für die Bedürftigen, als ein Recht für diejenigen, welche zu diesem Schutze zugelassen werden.[297])

In so weit die Tutel ein Recht und zwar sogar ein Vermögensrecht ist, gehört sie in das dritte und letzte Moment der Auflösung der Familie, in das Erbrecht. Hier ist nur von der Tutel als von einem Schutze für die Selbstständigen zu sprechen, und zwar weil dieses Moment unseren Zweck nicht sehr berührt, nur mit wenigen Worten. Die Zweiheit der Tutel als eines Rechts und einer Pflicht, liegt in den oben angeführten Worten, daß sie sowohl data als permissa sey.

Die Ergänzung der Selbstständigkeit ist aber in zweien Fällen denkbar, als Schutz für die Schwächen des Alters

---

296) l. 1. D. h. t. (26. 1.) §. 1. I. h. t. (I. 13.)

297) Löhr in seinem und Grollmanns Magazin, Band 3. S. 1 — 71. S. meine Scholien zum Gajus S. 179. 180.

(Tutel der Unmündigen), und für die des Geschlechts (Weibertutel.) Die erstere scheinen die Römer für allen Völkern gemeinsam, die letztere aber nur für etwas den Römern Eigenthümliches gehalten zu haben. [298]) Nachdem die Weibertutel früher durch Ausnahmen, die die lex Julia et Papia Popaea macht, [299]) so wie durch das schon weit ältere Befreitseyn der Vestalinnen sehr an Bedeutung verloren hat, schwindet sie endlich im Laufe der Zeiten ganz. Im späteren Rechte ist daher nur von der Tutel der Unmündigen die Rede.

Ihrer Entstehung nach ist die Tutel entweder testamentarisch, gesetzlich (legitima) oder abseiten des Staates gegeben (dativa). [300]) Diese Entstehungsweisen hängen mit der Tutel als Recht zusammen, ein Moment, das erst unten zur Sprache kommt. Außerdem giebt es außerordentliche Tuteln für bestimmte Fälle, [301]) und diese mit inbegriffen, kann man auch sagen, die Tutel entstehe legibus, senatusconsultus et moribus. In so weit nun die Tutel eine öffentliche Pflicht (munus publicum) ist, [302]) ist eine bestimmte Fähigkeit einerseits nöthig, und um der Pflicht überhoben zu seyn, müssen gesetzlich zulässige Entschuldigungen sich vorfinden. [303]) Das, was nun der Tutor in Beziehung auf den Pupillen eigentlich bedeutet ist ein Doppeltes, oder mit Römischen Worten, er hat auctoritas und gestio. [304]) Nach der Seite der

298) Gaji Comm I. §. 189. 190.
299) Gaji Comm. I. §. 145.
300) Tituli J. I. 14 — 20.
301) Ulp. XI. 20. Gaji Comm. I. §. 177 — 179.
302) l. 1. §. 3. 4. l. 18. §. 1. D. de mun. et hon. (50. 4.)
303) S. Thibaut Pandecten §. 501. §. 511 — 515.
304) Tit. I. de auct. tut. (I. 21.) §. 9. I. de inut. st. (III. 19.)

Digitized by Google

auctoritas hin, ist er die Ergänzung des Pupillen in der Sphäre der Persönlichkeit, so entweder, daß er den noch gar nicht als selbstständig erscheinenden Pupillen (infans) vollkommen vertritt, oder den schon als selbstständig auftretenden (infantia major) ergänzt. [305]) Nach der Seite der gestio hin, hat er für den Pupillen in der Sphäre des zu verwaltenden Vermögens Sorge zu tragen, und er ist hier selbstständig und nicht ergänzend. Diese Verwaltung ist es, worüber er nach beendigter Tutel auch Rechenschaft schuldig ist.

Die Tutel hört durch den allgemeinen Grund ihrer Existenz auf, nämlich dadurch daß sie bei der Mündigkeit des Pupillen nicht mehr nöthig ist. Aber durch Verhältnisse, die innerhalb der Persönlichkeit eines bestimmten Tutors fallen, kann, wenn auch nicht die Tutel, doch die Tutel dieses Tutors beendigt seyn. [306])

B. Aber die Selbstständigkeit eines Individuums kann in der ganzen Sphäre der Persönlichkeit allgemein anerkannt seyn, so daß hier auch eine Ergänzung dieser Selbstständigkeit nicht einmal nöthig scheint. Nun liegt allerdings innerhalb dieser Selbstständigkeit, die Beziehung auf das Vermögen, d. h. die Verwaltung desselben. Aber weil dieses eben so auch getrennt von der Persönlichkeit ist, so ist der nächste Zustand im Uebergang zur Totalität der Selbstständigkeit der, daß eine vollkommene Selbstständigkeit in der Sphäre der Persönlichkeit angenommen wird, ohne daß diese den Kreis des Vermögens umfaßt. Dieses ist das Gebiet der cura. Sie ist eine Tutel, der die eine persönliche Seite der auctoritas fehlt, eine Tutel mit bloßer gestio.

---

305) §. 9. I. I. 1. 1. 18. D. de adm. et per. tut. (26. 7.)

306) S. Thibaut Pandekten §. 544. u. fg.

In so fern nun in der cura bloß das Moment der gestio liegt (tutor personae non rei datur), ist sie nothwendig nicht ein Ganzes für sich, sondern wie die Vermögensrechte aus Einzelnem bestehen, wenn ihnen das Zusammenhaltende der Persönlichkeit fehlt, so ist der Curator meistihin nur für dieses bestimmte Einzelne gegeben (ad certam causam.) Alle Arten der cura haben diesem Bedürfniß des einzelnen isolirten Zustandes ihr Entstehen zu verdanken, sowohl die des furiosus und prodigus, als die in Ermangelung einer Tutel, oder die der lex Plaetoria zum Schutze der Minderjährigen, u. s. w. Zum Theil, wie bei dem Minderjährigen ist die cura nicht sowohl ein gesetzlicher, als vielmehr ein erbetener Schutz für das Vermögen, [307]) zum Theil hat sie, namentlich im älteren Rechte das mit der Tutel gemein, eben so ein Recht der Curatoren zu seyn, wovon aber auch erst unten gesprochen werden kann. Das Ende der cura ist das Aufhören des beständigen Grundes, der sie hervorgebracht hat.

C. Wenn in der Tutel und Cura eben so die Auflösung der Familie, und ihr Uebergang zum selbstständigen Bilden einer Anderen liegt, als auch das noch Zusammenhalten durch die hinzutretende Ergänzung und ihren Schutz, so kommt in der Sphäre des Vermögens, die Auflösung der bestimmten Familie vollständig zur Erscheinung. Indem das Vermögen eines Bestimmten auf die nächsten Erben übergeht, und hier also die Frage auftritt, wer berechtigt sey, kommen die verschiedenen Seiten der Familie, so wie die Individuen dieser Seiten, mit einander in den Conflict der größeren Nähe und Entfernung, und in die Gediegenheit der Familie bricht die Reflexion, welche das

307) l. 2. §. 4. 5. D. qui pet. 26. 6.

bisher Zusammenhaltende zu dem Auseinander eines unendlichen Progresses macht. Die Familie wird zu lauter Einzelnen, welche in dem Erbrecht sich gegen einander kehren.

In dieser Auflösung, indem sie die Auflösung der ganzen Familie ist, kommen nun alle Momente welche die Familie bilden zum Durchgang, und zwar sind diese Momente hier nicht mehr in ihrer Totalität, sondern sie haben eben die Bedeutung als Momente gegen einander gekehrt zu seyn. Mit anderen Worten: es kommt hier der Streit der Momente zum Vorschein; oder die Frage, welches bevorzugt sey.

Indem wir nun diese Momente in Beziehung auf das Erbrecht einzeln betrachten, wird das Resultat dieser Betrachtung von selbst die Gliederung des Erbrechts seyn. Die Lehre vom Erbrecht zerfällt uns also in folgende Momente.

I. Das Erbrecht der Ehe.
II. Das Erbrecht der väterlichen Gewalt.
III. Das Erbrecht der Verwandtschaft.
IV. Das Erbrecht des Sklavenverhältnisses.
V. Das Erbrecht der Tutel.
VI. Das Erbrecht der cura.

I. Das Erbrecht der Ehe. Dies Erbrecht, indem es die Substanz der Ehe selbst an sich hat, bietet folgende Seiten dar. a) Das Erbrecht der strengen Ehe. b) Das Erbrecht der freien Ehe. c) Das Erbrecht der aus beiden Gegensätzen hervorgegangenen Ehe.

a) Die strenge Ehe hat die Bedeutung, daß die Stellung, welche die Frau in derselben erlangt, nicht durch das Substantielle der Ehe selbst verliehen ist, sondern durch die Gewalt (manus) in der sie sich befindet. Anstatt durch die Ehe zu gelten, gilt sie vielmehr durch die

Digitized by Google

Gewalt. [308]) Da nun die Intensität der Gewalt über Frau und Tochter fast die gleiche ist, so erhält die Frau dadurch die Stellung einer Tochter (filiae loco, quasi sua.) Das Erbrecht der strengen Ehe ist somit aus der Sphäre der Ehe, in die der (väterlichen) Gewalt versetzt, und man kann in so fern sagen: das Erbrecht der strengen Ehe existirt nur, in so fern es als ein Erbrecht der Gewalt gefaßt wird. [309])

b) Die freie Ehe dagegen, ist die Ehe der Ungemeinschaftlichkeit und der völligen Zusammenhangslosigkeit. Es bezeichnet sie hinlänglich die Stelle des Gellius, nach welcher die Frau der strengen, nicht aber die der freien Ehe in die familia des Mannes tritt, so wie daß die letztere keine materfamilia ist. [310]) Hat aber diese Zusammenhangslosigkeit in der Trennung der Güter und in den verbotenen Schenkungen ihre höchste Spitze, so kann auch kein Erbrecht der freien Ehe, welches einen Zusammenhang mit den Gütern des Ehegatten voraussetzt, statt finden. Die freie Ehe ist somit von jedem Erbrecht ausgeschlossen.

c) Das Ineinandergehen und das Verschmelzen dieser beiden Eheformen, bildet nun in der späteren Zeit die eine Römische Ehe. Diese Ehe hat indessen den Character der freien Römischen Ehe vollständig an sich, und von den Einflüssen der strengen Ehe ist fast nichts zu spüren. Doch kann dieses, daß im späteren Recht das Verhältniß der Ehegatten in Beziehung auf Erbrecht nicht

---

308) Gellii Noct. Att. XVIII 6. quoniam non in matrimonium tantum, sed in familiam quoque mariti et in sui heredis locum venisset.

309) Coll. leg. Mos. XVI. §. 2. Gaji Comm. I. §. 139.

310) Cicero Topica cap. 3. S. 1sten Band, S. 29 — 31.

ein vollkommen Ungemeinschaftliches ist, allerdings diesem Ineinandergehn der Gegensätze in der Römischen Ehe zugeschrieben werden. **Die aus den Gegensätzen der strengen und freien Ehe hervorgegangene Ehe hat allerdings ein Erbrecht, wenn gleich dieses Erbrecht selbst den Character der Entfernung und Ungemeinschaftlichkeit trägt.**

Das Erbrecht der Ehegatten gegen einander, (bonorum possessio unde vir et uxor) das der Praetor ertheilt, hat erst seine Stellung und Berechtigung, wenn gar keine Cognaten des Erblassers erben. Der Rang, den die Ehe im Familienrecht einnimmt, ist somit als der untergeordnetste des Familienrechts anerkannt, und der weitläuftigste Cognat schließt den Ehegatten des Erblassers aus. In dem Rechte, das hier der Ehegatte erlangt, liegt also selbst schon die Bedeutung der Entfernung und der Ungemeinschaftlichkeit. Die b. p. unde vir et uxor setzt aber nicht allein ein justum matrimonium sondern eben so voraus, daß die zu Recht bestehende Ehe, nicht einmal mit factischer Trennung behaftet sey. [311]) Wenn es nun gleich scheinen möchte, als habe im Laufe der spätern Kaiserzeit einmal der Versuch statt gefunden, die Ehegatten in Beziehung auf Erbfolge zu den Verwandten zu stellen, [312]) so schlägt doch diesen Versuch der bestimmte Ausdruck einer Theodosischen Constitution nieder, latae constitutionis pars quaedam abroganda est, ne ullis parentibus aut propinquis, quos naturae legisque pariter praerogativa defendit, in capiendis ab

311) Ulp. XXVIII. §. 7. l. un. D. h. t. (38. 11.) l. un. C. h. t. (6. 18.)

312) Jac. Gothofr. ad l. 9. C. Th. de legit. her. ed. Ritter I. p. 476. Cujacii obs. III. 12.

intestato hereditatibus praeferantur conjuges, *vel etiam comparentur*, [313]) und die Erbfolge der Ehe bleibt zu der Stellung verdammt, erst nach dem Hinwegfallen aller Verwandten berechtigt zu seyn.

Was aber der Begriff der Ehe an und für sich nicht vermag, sich eine Stelle unter den Verwandten zu verschaffen, gewährt in der späteren Zeit, eine von Außen aufgegriffene Bestimmung. Es ist dieses das Successionsrecht der armen Ehegatten aus den Novellen 53 und 117. Nach der ersten folgen sich beide Ehegatten, dafern der überlebende arm der verstorbene dagegen reich ist, in einen Viertheil des Vermögens, selbst neben den nächsten Verwandten (Kindern) des Erblassers. Die Novelle 117 dagegen gewährt dieses Erbrecht nur der armen Wittwe ohne dos nicht mehr dem armen Wittwer, die Wittwe erhält ferner nur dann eine Quarte wenn drei oder weniger Kinder vorhanden sind. Sind dagegen mehr Kinder da, so erhält sie nur einen Kindestheil und zwar dessen Niesbrauch, wenn sie eigene Kinder aus dieser Ehe hat, die Proprietät, wenn dieses nicht der Fall ist. [314]) Die zufällige Qualität der Armuth bringt also hier eine Bestimmung herbei, welche das Substantielle der Römischen Ehe nicht hervorrufen kann. Mehr wie ein Recht des Vaters gegen seine Kinder, denn als ein Erbrecht des Ehegatten ist die Berechtigung des Vaters zu betrachten, den Nießbrauch einer portio virilis des von seinen Kindern ererbten Muttergutes zu verlangen. [315])

---

313) l. 9. C. Theod. de leg. hered. (V. 1.)

314) S. hierüber Glücks Intestaterbfolge 2te Auflage S. 425 — 473.

315) l. 9. C. Theod. de bon. mat. l. 3. C. h. t. (6. 60.) S. dagegen Schrader civ. Abh. I. S. 98.

Digitized by Google

Aber ein, wenn auch erst später aufgekommener Gegensatz innerhalb der Ehe, ist der der Ehe und des Concubinats. Wenn die Ehe als solche nur zu einem sehr untergeordneten Erbrechte gelangen kann, wie verhält es sich in dieser Beziehung mit dem Concubinat? Die positive freilich erst Justinianeische Bestimmung hierüber ist, daß die Concubine zugleich mit ihren Kindern ein Sechstel des Vermögens erben soll, dafern keine Kinder und keine rechtmäßige Ehefrau vorhanden sind. [316]) Die Ehefrau welche im Erbrecht eine sehr untergeordnete Stellung hat, hat also hier die negative Bedeutung eines Veto's: sie die selbst nicht erbt, hat die Berechtigung die Concubine abzuhalten. Andrerseits ist die Concubine berechtigter, denn sie erbt mit ihren Kindern, was bei der Ehefrau nicht der Fall ist, in früherer Ordnung wie diese. Die Bedeutung dieses Erbrechts ist aber folgende. Bei den Concubinenkindern ist die Substanz des Erbrechts lediglich die natürliche Verwandtschaft. Die natürliche Verwandtschaft läßt aber die Mutter dieser Kinder auf gleiche Höhe mit den Kindern selbst kommen. Daß die Mutter also mit ihren Kindern erbt, ist darin begründet, daß die Macht des Gegensatzes hier die Einfachheit dieser natürlichen Verhältnisse nicht durchbrochen hat. Die Römische Ehe dagegen hat nicht mehr die natürliche Sittlichkeit, sondern die Substanz des Römischen Geistes, in ihrer Sphäre, den Character der Fremdheit und Ungemeinschaftlichkeit an sich. Die Kinder und ihre Mutter sind nicht mehr in natürlicher Einigung: sie stehen zum Vater und Manne in ganz verschiedenartigen Beziehungen. Diese Verschiedenartigkeit ist es aber, die sie im Erbrechte durchweg auseinander bringen muß.

316) Nov. 18. cap. 5. 89. cap. 12.

II. Das Erbrecht der väterlichen Gewalt. Die väterliche Gewalt stellt zwar nur die Beziehung dar, in welcher die Kinder durch die Macht des Vaters festgehalten und ergriffen werden, nicht umgekehrt, die andere in welchen er selbst zu den Kindern in abhängige Verhältnisse tritt. Im Erbrechte liegt aber die Auflösung der Gewalt, und Vater und Kinder kommen jetzt als Einzelne vor, die kraft dieses Verhältnisses der Gewalt in Beziehung zu einander treten. In diesem Moment ist also sowohl von den Beziehungen der Kinder zum Vater, als auch von denen des Vaters zu den Kindern zu reden, oder es zerfällt in das Erbrecht A der Descendenten; B der Ascendenten.

A. Das Erbrecht der Descendenten: die drei Momente, welche oben die väterliche Gewalt bildeten, die Familie der Gewalt, die Familie der Ungemeinschaftlichkeit, und das Zusammengehen dieser Momente, erscheinen im Erbrechte der Descendenten abermals, und geben die drei Seiten: a) des Erbrechts der Descendenten in der Gewalt; b) des Erbrechts der Descendenten außerhalb der Gewalt; c) des Erbrechts der Descendenten als solcher.

a) Der nächste Zusammenhang der Familie ist der des Vaters und seiner Kinder. Wenn ihn alle Rechte der Weltgeschichte anerkennen, so will dieser Zusammenhang in der Römischen Welt, noch durch den besonderen Character der Gewalt bezeichnet seyn. Nur das in der Gewalt befindliche Kind hat diesen Zusammenhang, es ist suus heres, und wenn das Zwölftafelgesetz ihm den ersten Platz anweist, [317]) so sucht die Philosophie der Römischen Juristen

317) Mos. et Rom. leg. coll. XVI. §. 2. Ulp. XXVI. §. 1. §. 1. I. de hered, quae ab. int. (III. 1.)

diesen Platz durch das Miteigenthum zu erklären, das den Kindern der Gewalt schon beim Leben des Vaters zusteht. [318]) Zu den suis gehören aber alle diejenigen welche zur Todeszeit sich in der väterlichen Gewalt befinden, sey auch die Entstehungsweise, welche sie wolle, Ehe, Adoption, causae probatio, Legitimation oder manus. [319]) Weil aber die Gewalt der nächste Grund dieses Erbrechts ist, so macht der Grad der Kinder keinen Unterschied, und Enkel, Urenkel bis ins Unendliche, erben mit Kindern und Nähern überhaupt, vorausgesetzt, daß sie sich in der unmittelbaren Gewalt des Erblassers befinden, und der Vermittelnde zwischen ihnen und dem Erblasser nicht vorhanden ist. Mit anderen Worten, es findet in dieser Klasse Repräsentationsrecht statt. [320]) Die Vertheilung geschieht in capita, wenn lauter Erben gleichen Grades da sind, in stirpes, wenn nähere und entferntere Descendenten concurriren. [321]) Die Natur der abstracten Gewalt enthält aber das, daß der in der Gewalt seyende, nicht durch sich, sondern dadurch daß er in der Gewalt ist, berechtigt erscheint. Die Tochter, die in der Gewalt ist, ist daher grade so zur Erbschaft berufen, wie der Sohn, denn die Gewalt über sie ist die gleiche, diese, aber nicht ihre Persönlichkeit, ist der Grund des Erbrechts. Es

---

318) l. 11. D. de lib. et post. (28. 2.) l. 7. pr. D. de bon. damn. (48. 20.) §. 2. I. h. t. (II. 19.

319) Gaji Comm. III. §. 1. 9. Ulp. XXII. §. 14. XXVI. §. 1. Pauli rec. sent. IV. 8. §. 3. 4. 8. 10.

320) Theoph. II. 19. §. 2. Ulp. XXVI. §. 2. Gaji Comm. l. l. Pauli rec. sent. l. l. l. 220. pr. D. de verb. signif. (50. 16.

321) Coll. leg. Mos. et Rom. XVI. §. 2. Pauli rec. sent. IV. 8. §. 9.

Digitized by Google

unterscheidet sich darin das Römische Recht von allen vorrömischen Standpunkten in welchen die Töchter den Söhnen zurückstehen, weil es in diesen Rechten mehr auf die persönliche Bedeutung der Söhne und Töchter, als auf den abstracten Begriff der Gewalt ankommt. Es giebt im Römischen Rechte keine Epikleren, die erst in Ermangelung männlicher Descendenz erbten, aber eben so wenig haben die Söhne dieser Epikleren eine erbrechtliche Bedeutung, ja, da sie nicht in die Gewalt ihres mütterlichen Großvaters kommen, so ist von der erbenden Tochter zu sagen, daß bei ihr kein Repräsentationsrecht statt finde, nach dem Grundsatze: mulier autem familiae suae et caput et finis est. [322])

Wenn aber die Gewalt der Grund des Erbrechts der sui heredes ist, diese Gewalt aber zugleich eine zwingende Macht über sie behauptet, so folgt, daß die sui nicht bloß in eine willkührliche Beziehung zu dem Erbrechte stehen, sondern daß sie erben müssen (inviti heredes sunt, oder auch omnimodo sive velint sive nolint tam ab intestato, quam ex testamento heredes fiunt, [323]) sie sind daher nicht bloß sui heredes sondern sui et necessarii. [324])

b) Weil nun aber die Descendenten nicht als solche, sondern nur durch die von außen hinzukommende Qualität der Gewalt gelten, so folgt, daß die Descendenten, welche sich außerhalb der Gewalt befinden, als vollständig Fremde

322) l. 195. §. 5. D. de verb. sig. (50. 16.)

323) Gaji Comm. II. §. 157. Ulp. XXII. §. 24.

324) l. 11. D. de lib. et post. (28. 2.) l. 69. l. 86. D. de her. inst. (28. 5.) l. 2. §. 4. l. 10. §. 1. D. de vulgari et pup. substit. (28. 6.) l. 12. D. de cond. inst. (28. 7.) l. 6. §. 5. l. 7. l. 15. 16. 20. 57. 63. D. de adquir. vel. om. her. (29. 2.)

zu betrachten sind. Wie sie aller Familienrechte untheilhaftig sind, so sind sie auch erblos. Es giebt somit kein Erbrecht der Descendenten außer der Gewalt.

c) Das Resultat der beiden vorangegangenen Momente war: die Descendenten erben nur, insofern sie in der Gewalt sind. Die Gewalt ist der Grund des Erbrechts der Descendenten, daher erben auch in dieser Klasse solche, die gar keine Descendenten sind. Sind dagegen die Descendenten außerhalb der Gewalt, so ist der Grund des Erbrechts hinweggefallen, weil sie als Descendenten nicht erben. Die Identität der beiden Momente, der Gewalt und der Ungemeinschaftlichkeit war aber (S. 318) das Nachlassen beider Gegensätze. In der Sphäre des Erbrechts hat dieses Nachlassen die Bedeutung, daß die Gewalt nicht mehr der einzige Grund des Erbrechts der Descendenten ist, daß vielmehr, die außerhalb der Gewalt befindlichen Descendenten, auch als solche zu einem Erbrecht gelangen.

Der nächste Grund zu dem Ineinandergehen beider Gegensätze, ist das Gefühl dieses Gegensatzes und seiner Unbilligkeit, (hae juris inquitates oder auch propter aequitatem),[325]) und das Organ dieser Billigkeit in seinem Kampfe gegen das strenge Recht, ist das prätorische Edict. Es ruft alle Descendenten zum Erbrecht, ohne Unterschied ob sie in der Gewalt seyen oder nicht (nam liberos omnes qui legitimo jure deficiuntur vocat ad hereditatem, proinde ac si in potestate parentum mortis tempore fuissent, sive soli sint, sive etiam sui heredes, id est, qui in potestate patris fuerunt concurrant).[326]) Die Gewalt

325) Gaji Comm. III. §. 25. pr. I. h. t. (III. 10) l. 6. §. 1. D. h. t. (37. 1.).

326) Gaji Comm. III. §. 26. Ulp. XXVIII. 8. Tit. D. unde lib. (38. 6.)

ist somit nicht mehr das Bestimmende des Erbrechts, sondern das natürliche Band der Descendenz. Entferntere erben mit Näheren, wie im Civilrecht, nur dann wenn der Vermittelnde nicht mehr vorhanden ist. [327]) Kinder hingegen, die in einer fremden Adoptivfamilie sich befinden, erben nicht in dieser Classe, denn das Familienband ist hier nicht bloß durch Emancipation, sondern noch durch die Aufnahme in eine fremde Familie aufgehoben. [328]) Läßt so das prätorische Edict, die nicht in der Gewalt sich befindenden Kinder zur Erbschaft zu, so ist der Gegensatz zwischen den Emancipirten und Nichtemancipirten dennoch von der Seite der Form in seiner ganzen Stärke vorhanden. Die Emancipirten haben kein Erbrecht, sondern nur eine bonorum possessio (nam Praetor heredem facere non potest), [329]) ihre Gleichsetzung ist nicht von Seiten des Rechts sondern von Seiten der natürlichen Billigkeit geschehen, in so fern ist in dieser Gleichsetzung selbst ein Gegensatz des Rechts und der natürlichen Billigkeit vorhanden, d. h. der alte Gegensatz ist durch das prätorische Edict und sein Erbrecht noch nicht aufgehoben.

Eben so liegt dem prätorischen Edict, wenn auch nicht das Princip der Gewalt, doch immer das zum Grunde, daß die Kinder in der Gewalt gewesen seyn müssen. Die Descendenten als solche sind noch nicht berechtigt, sondern es ist nur gleichgültig, ob jemand in der Gewalt gewesen war oder noch ist. Somit liegt dem prätorischen Erbrecht immer die Gewalt zu Grunde; ohne daß diese vorhanden war giebt es kein prätorisches Erbrecht.

---

327) Hier macht das Edict, de conjungendo cum emancipato liberis ejus eine Ausnahme. Cf. l. 1 — 3. D. h. t. (37. 8.)

328) Ulp. XXVIII. §. 1. §. 10. I. de her. qu. ab. int. (III. 1.)

329) §. 2. I. h. t. (III. 1.)

Digitized by Google

Soll aber das Erbrecht der Descendenten als solches anerkannt seyn, so ist zunächst nothwendig, das der Begriff der Gewalt auch nicht im Sinne einer vorhanden gewesenen darauf influire. In seiner eigensten Form ist dieses Erbrecht der Descendenz daher anerkannt, als ein Erbrecht der Kinder gegen ihre Mutter. Da die Mutter keine Art von Gewalt hat, so hat hier das Erbrecht die reine Gestalt eines Erbrechts der Descendenz als solcher. Nach dem prätorischen Edict selber, beerben die Kinder ihre Mutter nur als Cognaten, und erst Senatusconsulte unter den Kaisern, erkennen das Verhältniß der Kinder zur Mutter als ein eigenthümliches, vom sonstigen Cognatenverhältniß unterschiedenes an.

Das unter dem Kaiser Marcus Aurelius ertheilte S. C. Orphitianum giebt den Kindern das Erbrecht in der ersten Klasse am Vermögen der Mutter. Die Kinder, die bisher den Agnaten nachstanden, schließen dieselben nunmehr aus. [330]) Es ist in so fern dieses Senatusconsult ein Sieg des Princips der Billigkeit und des allgemeinen sittlichen Standpunktes über das beschränkte Römische Prinzip der Gewalt. Indessen ist durch diesen Sieg der Gegensatz noch auf keine Weise vollständig aufgehoben, und die Descendenten sind als solche immer noch nicht berechtigt. Denn, wenn es auch bei der Mutter weder darauf ankam, ob sie eine ingenua oder libertina war, [331]) ob die Kinder eheliche waren, oder nicht, [332]) ob sie sich in der Gewalt befanden oder nicht, [333]) so war dieses Erbrecht doch nur auf den ersten Grad der Kinder, auf Söhne und

330) Ulp. XXVI. §. 7. l. 9. D. h. t. (38. 17.) pr. I. h. t.
331) l. 1. D. h. t. (38. 17.)
332) l. 1. §. 2. D. h. t. (38. 17.)
333) l. 9. D. h. t. (38. 17.)

Digitized by Google

Töchter beschränkt, und die fernere Descendenz, also Enkel u. s. w. waren ausgeschlossen. [334]) Die Kinder mußten sodann, um die Mutter beerben zu können, Römische Bürger seyn. [335]) Ist so die speciell Römische Natur diesem Erbrecht der Kinder selbst noch inwohnend, und ist die Descendenz keinesweges in ihrem ganzen Progresse berechtigt, so kommt der Gegensatz dieses Erbrechts mit dem Zwölftafelrecht andrerseits eben so zum Bewußtseyn, indem es demselben als dem jus antiquum unter der Benennung nova heriditas entgegengestellt wird. [336]) Es hat somit nur die Macht einer Ausnahme, diesem jus antiquum gegenüber. Da es nicht auf Gewalt beruht, so geht es auch durch keine capitis deminutio verloren. [337])

Die Bewegung des Erbrechts nun bis zu dem Punkte, in welchem die Descendenten als solche, in ihrem unendlichen Progresse als die ersten Erben berechtigt erscheinen, hat die Gestalt von Ausnahmen gleich denen des S. C. Orphitianum; sie bilden, wie dieses, immer einen Gegensatz zum jus antiquum, und können als Ausnahme, nur fordern, daß man sie aufzählt.

Die Kaiser Valentinian, Theodosius und Arcadius verordneten, daß sowohl Enkel ihre Großmutter beerben, als daß auch Tochterkinder dem mütterlichen Großvater, gleich den Enkeln vom Sohne, folgen sollten. Da dieses jedoch, gegen das alte Recht gehalten, die Gestalt einer Ausnahme hat, so ist es consequent, daß die Berechtigung zu dieser Ausnahme gleichsam durch einen Tribut erkauft wird, den man dem alten Rechte zollt. Die dadurch beeinträchtig-

334) §. 1. I. h. t.

335) Pauli rec. sent. IV. 10. §. 3. l. 1. §. 6. D. h. t. (38. 17.)

336) l. 1. §. 8. 9. D. h. t. (38. 17.)

337) l. 1. §. 8. D. h. t. (38. 17.)

ten Enkel von Söhnen sollen ein Drittel, die beeinträchtigten Agnaten dagegen ein Viertel dieses Ausnahmeerbrechts erhalten. [338]) Der Kaiser Anastasius gestattet es, daß der Vater bei der Emancipation vom Kaiser für sich erbitte, daß das emancipirte Kind, die Agnations und Successionsrechte behalte, [339]) Justinian endlich hebt das den Agnaten bei der Concurrenz mit Tochterkindern gestattete Vorrecht des Abzugs eines Viertels auf, [340]) er giebt den in einer Adoptivfamilie sich befindenden Kindern, wenn nicht väterliche oder mütterliche Ascendenten die Adoptirenden sind, das Erbrecht in der natürlichen Familie, [341]) und vernichtet durch die Novelle 18, den Unterschied zwischen Sohnes und Tochterkindern vollständig.

Wenn diese Aenderungen nur in Form von Ausnahmen dem jus antiquum gegenüberstehen und somit die beiden Gegensätze noch immer in Kampf begriffen sind, so ist die 118te Novelle die letzte Verschmelzung der Gegensätze indem in ihr der Grundsatz, daß die eheliche Descendenz bis ins Unendliche den ersten Platz im Erbrechte einnimmt, ausdrücklich ausgesprochen ist. Das System der Gewalt, und das der Ungemeinschaftlichkeit, haben in der Anerkennung der Descendenz als solche ihre Einigung gefunden.

B) Erbrecht der Ascendenten.

So wenig die Descendenten als solche im Römischen Recht berechtigt sind, und so sehr ihr endliches Erbrecht, erst das Resultat eines mehr als tausendjährigen Kampfes ist, eben so wenig kann von einem Erbrecht der Ascen-

338) l. 4. §. 2. C. Th. de leg. her. (5. 1.)

339) l. 11. C. h. t.

340) l. 12. C. de suis et leg. (6. 55.)

341) l. 10. C. de adopt. (8. 48.)

Digitized by Google

denten als solchem die Rede seyn. Da Ascendenten, um als solche anerkannt zu seyn, nothwendig die Anerkennung der Descendenz, zu der sie sich als Ascendenten verhalten, voraussetzen, so fällt das Erbrecht der Ascendenten als solcher von selbst fort. Es muß also vom Römischen Rechte, wie vom Griechischen, wenn auch aus vollständig anderen Gründen ausgesagt werden, es giebt kein Erbrecht der Ascendenten als solcher; erben die Ascendenten, so geschieht es in jener weitläuftigen Klasse der Cognaten, in der sie sich nur durch das quantitative Näherseyn unterscheiden.

Aber diese Verneinung des Erbrechts der Ascendenten deutet dem Römischen Geiste gemäß bloß darauf hin, daß sich dieses Recht anfänglich unberücksichtigt und ausgeschlossen dennoch aus dieser Ausgeschlossenheit zur Macht eines Gegensatzes, zu dem Character einer Ausnahme, endlich zu dem wirklichen Gelten und Anerkanntseyn emporarbeitet. Der Gang, den aber das Erbrecht der Ascendenten somit genommen, ist ein verschiedener, je nachdem die Personen dieser Ascendenten in sich selbst verschieden sind. Zu unterscheiden ist nämlich a) das Erbrecht der väterlichen, b) das Erbrecht der mütterlichen Ascendenz.

a) Der Vater als solcher hat kein Erbrecht, weil er den Römischen Begriffen gemäß niemals Vater als solcher ist. Vater im Sinne eines dadurch entstehenden engeren Familienverhältnisses, wird er nur durch das Vorhandenseyn der Gewalt. Diese Gewalt aber bringt es mit sich, daß der Sohn kein Eigenthum haben könne, sondern daß alles dem Vater gehöre. Der Vater kann also kein Erbrecht gegen den suus geltend machen. Denn selbst nachdem der filiusfamilias, der zugleich miles ist am peculium castrense ein Eigenthum erhalten, ist, dennoch nur sein Recht, darüber testiren zu können, begründet; ab intestato wird er nicht beerbt, und der Vater erhält nicht jure suc-

Digitized by Google

cessionis, sondern jure peculii, das Eigenthum des Sohnes; als habe es ihm früher gehört. [342]) (Si filiusfamilias miles decesserit, si quidem intestatus, bona ejus non quasi hereditas, sed quasi peculium patri deferentur.)

Wenn in diesem Rechte des Vaters, das Vermögen des Sohnes als peculium hinzunehmen, mehr als ein Erbrecht zu liegen scheint, indem der Vater hier als ein Eigenthümer auftritt, der auch für die Schulden des peculii nur bis zu dessen Belauf haftet, [343]) so ist das Verhältniß des Vaters zum emancipirten Sohne, auch dieses Rechtes der väterlichen Gewalt nicht theilhaftig. Der Vater steht zum Vermögen des verstorbenen emancipirten Sohnes, in gar keinem Verhältniß, das die väterliche Gewalt zur Grundlage hätte, denn daß er dem Emancipirten als Patron folgt, ist ein Moment, das nicht mehr zu diesem Theile des Familienganzen gehört. [344])

Der Gang den die väterliche Gewalt überhaupt genommen, ist übrigens einerseits als ein Aufhören der Strenge, andrerseits als ein Erschlaffen der Ungemeinschaftlichkeit bezeichnet worden. Diese beiden Seiten müssen auch in Beziehung auf das Erbrecht des Vaters zum Vorschein kommen. In der Sphäre des Erbrechts lassen sich diese beide Seiten so ausdrücken: der Vater hört einerseits auf das Vermögen des Sohnes jure peculii an sich zu nehmen, andrerseits aber gewinnt er als Vater ein Erbrecht am Vermögen des Sohnes.

---

342) l. 2. 9. 14. pr. §. 1. l. 7. pr. l. 19. §. 3. D. de castr. peculio. (49. 17.)

343) l. 17. D. h. t. (49. 17.)

344) §. 6. I. quib. mod. Tit. Pand. si a parente quis (37. 11.)

Dadurch, daß den Kindern nach und nach die sich immer erweiternden peculia adventitia gestattet werden, schwindet das Recht des Vaters, welches derselbe noch am peculium castrense statt des Intestaterbrechts ausübt, denn sein Recht wird überhaupt zu dem Rechte eines bloßen Nießbrauchs zurückgedrängt. Nach einer Constitution der Kaiser Leo und Anthemius, sollen sogar die Geschwister, selbst die Halbbürtigen, dem Vater vorgehen, der lediglich den Nießbrauch behält [345]) Sind keine Geschwister vorhanden, so erhält nun der Vater das Vermögen des Sohnes, aber nicht mehr jure peculii, sondern als ein Erbrecht. [346]) Der Vater, indem er somit das jus peculii verloren hat, hat andrerseits als Vater ein Erbrecht erlangt. Damit hängt nun zusammen, daß wenn jemand einen Vater hinterläßt, der noch in der Gewalt des Großvaters sich befindet, nicht der gewalthabende Großvater, sondern der Vater das mütterliche Vermögen seines Sohnes erbt, [347]) denn es ist nicht mehr die Gewalt, sondern das väterliche Verhältniß die Substanz des Erbrechts.

An dem Vermögen der emancipirten Kinder, hatte der Vater, wie schon bemerkt worden ist, das Erbrecht als Patron. Einem emancipirten Sohn folgten daher zuvörderst seine Descendenten, dann der Vater als Patron, starb eine emancipirte Tochter, so hatte der Vater als Patron das erste Recht; das S. C. Orphitianum aber, das den Kindern ein Erbrecht am Vermögen ihrer Mutter ertheilt, schließt den Vater aus, und läßt zuvörderst die Descendenten folgen. [348]) Eine spätere Concurrenz des Vaters als

345) l. 4. C. de bonis quae lib. (6. 60.)
346) l. 4. C. h. t. (6. 60.)
347) l. 3. C. h. t. (6. 60.)
348) S. meine Scholien zum Gajus, S. 308.

Digitized by Google

Patron, und der Enkel der emancipirten Tochter, hebt eine Constitution von Valentinian und Theodosius auf. [349]) Der Vater ist somit im Erbrechte von seiner Bedeutung als Patron zurückgedrängt, und hat dagegen eine Stellung als Vater erhalten, in der er zwar nicht die Descendenten aber doch alle Agnaten; und Cognaten, selbst die Mutter vom Erbrechte ausschließt. [350])

b) Das Erbrecht der Mutter. Da das ursprüngliche Römische Recht kein Erbrecht der Ascendenten als solcher kennt, und die Mutter weder mit dem Vater das jus peculii noch auch das Erbrecht als Patron gemein hat, so ist zwischen ihr und der Klasse der Cognaten kein qualitativer Unterschied vorhanden: sie kann nicht als Mutter, sondern höchstens als Cognatinn erben. [351]) Aber schon der Kaiser Claudius [352]) und auf förmlichere Weise das unter Hadrian oder Pius erlassene Tertullianische Senatusconsult, läßt die Mutter die das jus liberorum hat sobald Descendenten, der Vater und der consanguineus nicht vorhanden sind, mit Ausschluß aller Agnaten folgen, mit der consanguinea aber das Vermögen theilen. [353]) Constantinus verändert dieses Erbrecht der Mutter dahin, daß dieselbe dem patruus ihres Kindes, und dessen Sohne und Enkel, wenn diese gleich aufgehört hatten Agnaten zu seyn, ein Drittel des Vermögens überlassen mußte, indessen auch ohne das jus liberorum zu haben, ein Drittel des Vermögens erhielt, wenn auch sonst Agnaten da waren, die sie hätten ausschließen

349) I. 9. C. Theod. de mat. bon. (§ 18.)
350) §. 3. I. de S. C. Tert. (III. 3.)
351) Gaji Comm. III. §. 24.
352) §. 1. I. de sen. Tert. (III. 3.)
353) Ulp. Fragm. XXIV. §. 8.

Digitized by Google

kömen. [354]) Durch eine Constitution der Kaiser Theodosius und Valentinian ist dieses jus liberorum bei der Concurrenz mit dem patruus und dessen Kindern ebenfalls nicht mehr erforderlich; diese erhalten immer nur ein Drittel des Vermögens, die Mutter in jedem Fall aber zwei Drittel. Dagegen muß sie dieses Drittel eben so, wie dem patruus, dem emancipirten Bruder ihres Kindes gestatten, den sie sonst ausschloß. [355]) Justinian endlich hebt vollständig die Verknüpfung des Erbrechts der Mutter mit dem jus liberorum auf, [356]) er verordnet, daß die Brüder des verstorbenen Kindes und der Vater die Mutter nicht mehr ausschließen, der patruus und seine Kinder aber nicht mehr gemeinschaftlich erben sollen; Concurrirt die Mutter mit Brüdern des verstorbenen Kindes oder Brüdern und Schwestern desselben, so erhält sie einen Viriltheil. [357]) Concurrirt sie mit Schwestern allein, so erhält sie die Hälfte der Erbschaft. Concurrirt sie mit dem Vater und den Geschwistern, und war das verstorbene Kind sui juris, so erhält sie mit dem Vater zugleich zwei Drittheile des ususfructus, die Geschwister aber das Vermögen und ein Drittel des Nießbrauchs. War das Kind in der väterlichen Gewalt verstorben, so erhält der Vater den Nießbrauch; rücksichtlich der Proprietät wird es so damit gehalten, als wenn der Vater gar nicht concurrirte. [358]) Nach einem späteren Gesetze, Novelle 22. Cap. 47., soll auch die Mutter in Concurrenz mit Schwestern nur einen Viriltheil erhalten.

354) l. 1. C. Theod. de leg. hered. (5. 1.) In Beziehung auf den consanguineus s. l. 2. C. Th. h. t. (5. 1.)

355) l. 7. C. Theod. eodem (5. 1.)

356) l. 2. C. de jure lib. (8. 59.)

357) §. 5. I. de senatuscons. Tert. (III 3.)

358) l. 7. C. ad S. C. Tert. (III. 3.)

Dieses sind die Windungen und Krümmungen durch welche sich das Erbrecht der Mutter hindurcharbeiten muß, um endlich als solches anerkannt zu seyn. Nur in Form eines Ausnahmerechts gelangt es dahin, die entferntern Agnaten zu beseitigen, und sich mit dem Rechte des Vaters und der Geschwister auf gleiche Höhe zu bringen. Das Recht der Mutter als solches, hat somit den Sieg in dem Kampfe gegen das Römische Princip des Erbrechts der Gewalt davon getragen.

Die gleiche Höhe auf welcher nun Vater und Mutter stehen, führt dazu, daß diese Rechte nicht mehr in Form einzelner Ausnahmen, sondern in Form des Allgemeinen gefaßt werden. Als solche geben sie das Erbrecht der Ascendenz, das in der 118ten Novelle seine Stellung in der zweitrn Klasse neben den vollbürtigen Geschwistern und deren Kindern behauptet. Das Recht der Ascendenten unter sich ist lediglich das quantitative der Nähe und Entfernung, so daß der nähere Ascendent nicht bloß den entfernteren seiner Seite, sondern auch den entfernteren der anderen Seite unbedingt ausschließt, gleich nahe aber zugleich zur Erbschaft gelangen. [359]) Es ist nicht mehr der Vater oder die Mutter, die ein isolirtes Recht geltend machen, sondern es ist durchweg das Recht der Ascendenten als solcher, welches sich innerhalb dieses Kreises nach der Nähe und Entfernung bestimmt. Während also von den Anfängen der Römischen Geschichte ausgesagt werden mußte, daß die Ascendenten kein Erbrecht hätten, ist der Fortgang und das Resultat das, daß die Ascendenten nächst den Descendenten berechtigt sind.

III. Das Erbrecht der Verwandtschaft. Die Verwandtschaft selbst enthielt die drei Momente der

359) Nov. 118. cap. 2, 3.

Verwandtschaft der Gewalt, oder der Agnation, der Verwandtschaft der Ungemeinschaftlichkeit, oder des Blutes der Cognation und der Einheit dieser Gegensätze. Das Erbrecht der Verwandtschaft wird daher a) in das Erbrecht der Agnation, b) in das Erbrecht der Cognation, c) in das Erbrecht der Verwandtschaft als solcher zerfallen.

a) Das Grundprincip des älteren Römischen Erbrechts ist: nicht die Verwandtschaft als solche, sondern die mit der Substanz der Gewalt behaftete Verwandtschaft hat ein Erbrecht. Nicht die Descendenten oder Ascendenten als solche gelangen zur Succession sondern nur in so fern der Descendent suus oder der Ascendent zugleich der Patron ist. Nach den suis rufen daher die zwölf Tafeln die Agnaten zur Succession, [360]) denn diese verhalten sich grade zu den Verwandten als solchen, wie die sui zu den Descendenten, sie sind die Verwandten, die durch etwas Anderes, nämlich durch die Gewalt gelten. In so fern nun die Agnation die Verwandtschaft der Gewalt im weitesten Sinne ist, gehören die sui allerdings auch in diese Klasse hinein, denn wie die Descendenten zur allgemeinen Categorie der Verwandten zu rechnen sind, so fallen die sui in diese weitere Bedeutung des Begriffs der Agnation. [361])

Diese allgemeine Qualität der Agnation fordert, daß innerhalb derselben noch bestimmte Unterschiede sich aufthun. In diesem Sinne werden die Geschwister von des Vaters Seite (consanguinei consanguineae) für die nächsten Agnaten erklärt, denn die sui sind zwar im weitesten

360) Gaji Comm. III. §. 9. Ulp. XXVI. §. 1. pr. I. de leg. agn. succ.

361) l. 10. §. 3. D. de grad. et aff. (38. 10.) l. 12. D. de suis et leg. her. (38. 16.) l. 4. §. 1. D. quis ordo in poss. (38. 15.)

Sinne Agnaten, stehen aber wiederum als sui der Klasse der Agnaten gegenüber. Sind also keine sui vorhanden, so erhalten die consanguinei die Erbschaft, (si sui heredes non sint ad consanguineos id est fratres et sorores ex eodem patre.[362]) Dieser Unterschied zwischen consanguineis und den übrigen Agnaten, so daß diese ersten durch einen verschiedenen Namen von den anderweitigen Agnaten gleichsam abgesondert erscheinen, ist erst ein Werk des Fortgangs der Römischen Geschichte (interpretatio prudentum.)[363] Eben so gehört es dieser mittleren Zeit, wahrscheinlich einer Auslegung des Voconischen Gesetzes (Voconiana ratione) zu, daß Weiber über den Grad der consanguinea hinaus, zwar als Agnatinnen beerbt werden, aber nicht als solche erben können.[364]

Das Recht der Agnaten unterscheidet sich von dem eines anderen, nur durch den Grund der größeren Nähe oder Entfernung. Nicht bloß der Agnat sondern der nächste Agnat soll die Erbschaft haben (agnatus proximus familiam habeto). Ist aber die absolute Nähe der Grund dieses Erbrechts, so ist das Repräsentationsrecht dadurch ausgeschlossen: der Bruder schließt den Sohn des verstorbenen Bruders aus.[365] Ist aber die absolute Nähe der Grund des bestimmten Erbrechts, so ist der Entferntere durch das bloße Daseyn des Näheren immer ausgeschlossen, es mag nun dieser Nähere diese Erbschaft antreten oder nicht. Würde der Entferntere erben, wenn der Nähere nicht antrete, so würde nicht die absolute Nähe, sondern

362) Coll. leg. Mos. et Rom. XVI. §. 4. 9. Coll. XVI. §. 3.

363) Coll. l. M. et R. XVI. §. 3.

364) Gaji Comm. III. §. 14. 23. §. 3. I. h. t. Ulp. XXVI. §. 6. Coll. leg. M. et R. XVI. §. 3.

365) Coll. leg. Mos. et Rom. XVI. §. 2.

Digitized by Google

deren Verbindung mit dem wirklichen Erbrecht der Grund des Ausschließens seyn. Mit andern Worten, das Römische Erbrecht vermag die Schranke, die ihr der absolut Nächste entgegenstellt, nicht zu durchbrechen, es ist vielmehr immer das Erbrecht dieses Nächsten. Das Römische Erbrecht ist somit ohne allen Progreß; es ist vielmehr in abstracter Starrheit befangen, und der Willkühr des Nächsten anheimgefallen. Mit Römischen Worten heißt diese Starrheit und Abstraction, daß der Nächste immer durch seine Willkühr das ganze Erbrecht der Familie aufheben kann, in legitimis hereditatibus successio non est. [366])

Wenn keine Agnaten vorhanden sind, so ruft das Zwölftafelgesetz die Gentilen zur Succession (Si nullus agnatus sit, eadem lex XII. tabularum gentiles ad hereditatem vocat. [367]) In wie weit dieses Gentilitätsrecht ein bloß den Patriciern eigenthümliches gewesen sey, [368]) kann bei den wenigen Fragmenten, die von den Gentilen sprechen, nicht mit Bestimmtheit angegeben werden. Wenn Cicero [369]) zwar ausdrücklich nur Ingenuität fordert, so wird doch dieser Name mit dem des Patriciats häufig für identisch genommen. [370]) Was nun die Gentilen betrifft, so ist es wahrscheinlich, daß nur solche, die ein actives Erbrecht haben, darunter begriffen worden, da sicherlich auch die Freigelassenen ohne Gentilen zu seyn, in Ermangelung der Patronatssuccession, von den Gentilen

366) Pauli rec. sent. IV. 8. §. 23. Ulp. XXVI. §. 5. Gaji Comm. III. §. 11. 12.

367) Gaji Comm. III. §. 17.

368) Livius X. 8. Gellius X. 20. Niebuhr I. S. 229. u. fg.

369) Topica cap. 6.

370) Festus v. Patricios.

Digitized by Google

dieser Patrone, deren Namen sie ebenfalls trugen, beerbt worden sind. 371)

b) Im Gegensatz der Agnation und Gentilität ist die gegenüberstehende Cognation das vollständig Unberechtigte, sie ist das außerhalb der Familie liegende Natürliche; da sie nun gar nicht zur Familie gehört, so ist ihr auch das Vermögen der Familie ein völlig Gleichgültiges, oder mit anderen Worten: es giebt kein Erbrecht der Cognation.

c) Mit diesem Unterschiede, ist zugleich der Kampf und die endliche Ausgleichung dieser Gegensätze gesetzt. Diese Ausgleichung hat aber wie überall die beiden Momente des allmähligen Aufhörens und Erschlaffens der Agnationsrechte und der noch in Form von Ausnahmen zunehmenden Berechtigung der Cognation.

Das Recht der Agnation erhält schon dadurch einen bedeutenden Bruch, daß das Recht der absoluten Nähe aufhört, und daß der proximus nicht mehr durch sein Nichtantreten die ganze Succession vernichtet. Nach Gajus ist es sogar zweifelhaft, ob nicht schon der Prätor in der bonorum processio unde legitimi eine successio graduum eingeführt, und somit auch in dieser Klasse das Recht der absoluten Proximität gebrochen hat. (Sed sunt qui putant, hunc eodem gradu a Praetore vocari, quo etiam per legem agnatis hereditas datur.) 372) Dann gehört hierher das schon in den Anfängen der Kaiserzeit aufhörende Recht der Gentilität, ferner die Aufhebung der Beschränkung, daß keine Agnatinn über den

371) Cicero de oratore I. §. 39. S. Glücks Intestaterbfolge S. 232.

372) Gaji Comm. III. §. 28.

Grad der consanguinea hinaus erben solle. [373]) Der Urheber dieses Gesetzes, Justinian, ist auch der, welcher definitiv, in der Klasse der Agnaten, die successio graduum einführt, und somit die starre Abstraction des Agnationsverhältnisses vernichtet. [374])

Andrerseits hört aber die Ungemeinschaftlichkeit des Cognationsverhältnisses dadurch auf, daß den Cognaten als solchen Erbrechte beigelegt werden. Der Prätor giebt, wenn keine sui heredes, oder legitimi vorhanden sind, bonorum possessio. [375]) In diese Klasse der Cognaten gehören nur alle Verwandten des Erblassers, nach der Nähe des Grades, ohne daß es auf ein weiteres Criterium ankäme, also auch die Agnaten, namentlich die, welche in der Klasse der Agnaten als solche nicht erben konnten, weil etwa ein Näherer die Erbschaft nicht angetreten hatte. [376]) Die Agnaten nämlich, die in der Klasse der Agnaten keinen Platz haben, werden dadurch zu bloßen Cognaten herabgesetzt. In dieser Klasse kommt es allerdings nur auf die Nähe des Grades an; aber nicht mehr auf die absolute Nähe, d. h. der proximus hat nicht mehr das Recht, das Erbrecht überhaupt zu vernichten. [377]) Weil übrigens das prätorische Erbrecht der Cognaten auf der natürlichen Grundlage der nahen Verwandtschaft beruht, diese Verwandtschaft aber in entfernteren Graden ihre Kraft verliert, so umfaßt das prätorische Edict nicht die ganze Unendlichkeit des Progresses

373) l. 14. pr. C. de leg. her. (6. 57.)
374) §. 7. I. h. t.
375) l. 1. pr. D. h. t.
376) Gaji Comm. III. §. 28.
377) l. 1. §. 6. 7. D. h. t.

greſſes der Verwandtſchaft, das Erbrecht derſelben geht vielmehr nicht über den ſechſten Grad und einen Fall im ſiebenten hinaus. (Proximitatis vero nomine iis solis Praetor promittit bonorum possessionem, qui usque ad sextum gradum cognationis sunt, et ex septimo a sobrino sobrinaque nati nataeve.) [378]) In dieſer Klaſſe findet alſo bis zu dem feſtgeſetzten Punkte eine vollſtändige successio graduum ſtatt.

Aber nicht bloß das prätoriſche Edict, ſondern auch die Conſtitutionen der Kaiſer ertheilen den Cognaten Erbrechte. Der Kaiſer Anaſtaſius läßt die emancipirten Geſchwiſter mit den nicht emancipirten dem verſtorbenen Bruder oder der Schweſter ſuccediren, ſo aber, daß die Nichtemancipirten noch einmal ſo viel als die Emancipirten erhalten, wenn ſie mit einander concurriren. [379]) Dieſen größeren Antheil der Emancipirten an der Erbſchaft, hebt aber Juſtinian ebenfalls auf. [380]) Derſelbige Kaiſer giebt den fratribus und sororibus uterinis die Rechte der Conſanguineität, [381]) eben ſo ertheilt er den Schweſterkindern die Rechte der Agnation; [382]) dieſes Recht erlangen auch die Kinder emancipirter Geſchwiſter. [383]) Indem aber ſo ſolche, die zur Klaſſe der Cognaten gehören, willkührlich zu Aguaten erhoben werden, liegt darin noch von ſelbſt eine Zurückſetzung der Cognation als ſolcher, indem die Cognaten, um erbfähig zu werden, durchaus erſt nöthig haben zu Agnaten gemacht zu werden. Die Cognation

378) §. ult. I. de succ. cogn. (III. 5.) l. 1. §. 3. D. h. t.
379) §. 1. I. de succ. cogn. (III. 5.) Theoph. ad l. l. l. 4.
380) l. 15. §. 1. C. de leg. her. (6. 58.)
381) l. 15. §. 2. C. de leg. her. (6. 58.)
382) l. 14. §. 1. C. h. t. (6. 58.)
383) l. 15. §. 1. C. h. t. (6. 58.)

ist in diesen Verfügungen, das noch nicht an und für sich berechtigte. Die Willkühr des Kaisers muß dieser Cognation vielmehr erst die Substanz und den Titel der Agnation verleihen.

Der erste Wendepunkt nun, in welchem die Cognation als die Grundlage des Erbrechts aufgestellt ist, ist die Novelle 84, in welcher nicht mehr die consanguinei den uterinis entgegengesetzt werden, sondern wo die Vollbürtigkeit als das Höherberechtigte der Halbbürtigkeit gegenübergestellt wird. In dieser Verordnung, welche zunächst nur die Geschwister betrifft, liegt ausgedrückt, daß die bloßen consanguinei oder uterini, nur eine einseitige Verwandtschaft bilden, und daß beide Momente vorhanden seyn müssen, um das volle Recht der Verwandtschaft hervorzubringen. Somit ist das Recht der Consanguineität, von seinem Uebergewicht über die Geschwister von Mutterseite, herabgebracht: es ist wie dieses, nur ein Einseitiges, es bedarf des anderen Moments eben so zu seiner Ergänzung, wie dieses durch es selbst ergänzt wird.

Die Novelle 118 endlich enthält die völlige Ausgleichung im Kampfe des Agnations- und Cognationsverhältnisses; der Unterschied der Agnaten und Cognaten hat sich in der ganz allgemeinen Bedeutung der Verwandtschaft verloren, der Unterschied des Geschlechts hört völlig auf, und an die Stelle der Beschränkung, auf einen bestimmten Grad, welche noch in dem prätorischen Edicte vorkommt, tritt der Progreß ins Unendliche.

Die Erbfolgeordnung der Novellen 118 und 127 ist also folgende: 1) Die Descendenten bis ins Unendliche mit Repräsentationsrecht; 2) die Ascendenten zugleich mit vollbürtigen Geschwistern, und den Kindern der vor dem Erblasser verstorbenen Geschwister; 3) die halbbürtigen Geschwister und die Kinder der schon verstorbenen halbbür-

Digitized by Google

tigen; 4) endlich alle andren Cognaten nach der Nähe des Grades. In dieser Succession ist der ganze Character der Römischen Geschichte untergegangen, und was bisher die harten Gegensätze der Gewalt und der Ungemeinschaftlichkeit waren, hat sich in die vollständige Gleichheit einer bloß natürlichen Verwandtschaft verloren.

IV) Das Erbrecht des Sklavenverhältnisses. Von den drei Momenten des Sklavenverhältnisses, die Sklaven in der Gewalt, die Libertinen, und die liberti, können nur zwei, nämlich das erste und letzte in Beziehung auf Erbrecht in Frage kommen. Denn das Moment der Libertinität ist das Heraustreten aus dem früheren Verhältniß der Familie, und hat also jene Selbstständigkeit zum Vorwurf, die eben das Entgegengesetzte der Familienbeziehung ist. Der libertinus hat erst als libertus den familienmäßen Zusammenhang wieder. Nur in so fern der libertus einer der verschiedenen Arten der Libertinität angehört, kommt auch dieses Moment hier zu seiner Berechtigung und Wichtigkeit. Das Erbrecht des Sklavenverhältnisses zerfällt also: a) in das Erbrecht der Sklaven in der Gewalt; b) in das Erbrecht der Freigelassenen.

a) Der Sklave kann zu einem Rechte überhaupt, also auch zum Erbrechte nur in ein Verhältniß treten durch das medium der Freiheit. Während er Sklave ist, ist von einem Erbrecht nicht die Rede; er ist also unfähig Intestaterbe zu seyn. Aber die Willkühr des Herrn kann ihr zum Erben ernennen: sie macht ihn jedoch durch diese Ernennung zugleich frei. Dieses ist die Bedeutung des Satzes, daß ein Sklave nur cum libertate eingesetzt werden könne. Ein so eingesetzter Sklave hat aber nun nicht das Recht, das ihm aufgedrungene Erbrecht auszuschlagen, sondern er bleibt diesem nothwendigen

Digitized by Google

Ebrecht anheimgefallen, oder er ist in Beziehung auf dieses Erbrecht noch ein Sklave. (Necessarius heres est servus cum libertate heres institutus; ideo sic appellatur, quia sive velit sive nolit omnimodo post mortem testatoris protinus liber et heres est. [384]) Er ist zu dieser Erbantretung wie zu der ihr zu Grunde liegenden Freiheit durchweg gezwungen. Die Sklaven, die auf diese Weise häufig die ignominia auf sich nehmen müssen, die unzureichende Erbschaft auf ihrem Namen verkaufen zu lassen, eine Schande, der der Erblasser dadurch entgeht, können durch das Geschenk der Freiheit, das ihnen dadurch zu Theil wird, für schadlos gehalten werden, obgleich selbst dagegen, daß die Schande den Sklaven treffe, sich Stimmen erhoben haben, (quanquam apud Fufidium Sabino placeat exumendum eum esse ignominia, quia non suo vitio, sed necessitate juris bonorum venditionem patereturi.) [385]) Der Sklave hat ferner seinen eigenen Erwerb, nicht zur Befriedigung der Creditoren des Erblassers hinzugeben, sondern die Infamie ist das Einzige was ihm als Preis seiner Freiheit zu tragen auferlegt wird. (Pro hoc tamen incommodo, illud ei commodum praestatur, ut ea, quae post mortem patroni sibi adquisierit sive ante bonorum venditionem, sive postea ipsi reserventur.) [386]) Um denen Sklaven, die im Testamente freigelassen worden sind, im Falle die Erbschaft nicht angetreten wird, diese Freiheit die mit den anderen Bestimmungen untergehen würde, zu sichern, kam die Erbschaft nach einem Rescripte des Kaisers Marcus

384) Gaji Comm. II. §. 153.

385) Gaji Comm. II. §. 154.

386) Gaji Comm. II. §. 155. Cf. Cicero ad Att. VI. §. 1. Quinct. inst. or. VI. §. 4.

Digitized by Google

Aurelius einem dieser Sklaven zugesprochen werden, unter der Voraussetzung, daß die Creditoren befriedigt werden. [387])

b) Das Erbrecht des libertus. Der libertus hat in sich selbst die Zweiheit, daß er einerseits vollständig frei und selbstständig, andrerseits von einem Dritten, welcher der ehemalige Herr ist, abhängig bleibt. Zwar ersetzt der Patron und seine Familie dem libertus gleichsam ein Familienverhältniß, das er sonst nicht hat, denn der libertinus ist größtentheils nur der Urheber einer Familie in absteigender Linie; es fehlt ihm aber an Ascendenten und Collateralen, weil die servilis cognatio keine berechtigte ist. Aber indem so der Patron und seine Familie an die Stelle der eigenen Familie des libertus tritt, ist eben so ein Kampf zwischen der Familie des Patrons, und der eigenen Familie des libertus, deren Urheber er selbst ist, gesetzt und das Erbrecht ist der Boden dieses Kampfes. Die Descendenz des libertus, als die Seite der natürlichen Familie, tritt in einen Gegensatz zu dem Patron und seiner Familie, als dem bloß bürgerlichen Momente, und wie in allen Gebieten der Römischen Geschichte, ist es dieser Kampf, der das Wesen und die Bedeutung des Verlaufes selbst ausmacht. In diesen Kampf fällt aber eben so die Reflexion des Geschlechts, der Nähe und Entfernung, so daß es einerseits darauf ankommt, ob der Patron, seine Kinder, oder die Patroninn als Berechtigte erscheinen, andrerseits ob der libertus, oder die liberta beerbt werden.

Es ist schon häufig in dieser Abhandlung bemerkt worden, daß die erste Periode der Römischen Geschichte die Gegensätze noch in erster unmittelbarer Einigkeit ent-

387) Conf. Tit. Inst. de eo, qui libertatis causa bona addicuntur.

hält, daß die zweite Periode sodann die ganze Härte des kämpfenden Gegensatzes aufweist, daß endlich die dritte die äußere Ausgleichung dieser Gegensätze wiederum ausmacht. Auf unsere Lehre angewandt, ist in der ersten Periode das friedliche Nebeneinanderberechtigtseyn des Patrons und der Kinder des libertus, in der zweiten der Kampf des Patrons und der Familie des libertus, in der dritten die Versöhnung dieses Kampfes anzuschaun. So erhalten wir die drei Momente a) des Zwölftafelrechts b) des prätorischen Edicts und der lex Papia, c) der Constitutionen der Kaiser.

a) Nach dem Zwölftafelgesetze sind die Rechte der Descendenten des libertus, als seiner einzigen natürlichen Verwandten, und der Familie des Patrons in friedlichem Nacheinanderseyn. Erst folgen dem libertus die sui heredes, dann erst der Patron oder seine Kinder, welcher hier die Stelle der Agnaten eines ingenuus einnehmen. Der Nähere der Kinder des Patrons schloß den Entferneteren aus, und es war hier keine successio in stirpes. [388]) Wenn so der Patron und dessen Familie durch alle sui heredes ohne Ausnahmen ausgeschlossen war, so waren sie es gleichfalls durch die Willkühr des Testirens, die dem libertus zustand; [389]) dieses Recht zu testiren war bei einer liberta so gut wie nicht vorhanden, weil der Patron die Ausübung durch seine legitima tutela immer verhindern konnte. [390]) Eben so hatte eine liberta keine suos heredes, der Patron hatte also auch hier, wie bei Agnaten einer ingenua das erste Erbrecht. Im Ganzen

388) Ulp. XXVII. §. 1—3. XXXIX. §. 1. Gaji Comm. III. §. 4. S. Glücks Intestaterbfolge S. 727.

389) Ulp. XXIX. 1.

390) Gaji Comm. III. §. 43.

Digitized by Google

bietet nun diese Periode das Resultat dar, daß die Rechte des Patrons, zugleich mit der Anerkennung der Rechte der sui heredes, und der Willkühr des libertus in einem ruhigen Nacheinander bestehen, daß somit der Gegensatz des natürlichen und des civilen Moments hier noch nicht zum Ausbruch des Kampfes gekommen ist.

b) Aber dem Gesetze der Römischen Geschichte gemäß, hat sich dieser Kampf des natürlichen und bürgerlichen Moments auch in dieser Lehre zu zeigen, hier kann er aber nur die Bedeutung haben, daß sich das bürgerliche Moment gegen das natürliche aufthut und in das Recht der natürlichen Verwandtschaft übergreift, mit anderen Worten: diese Periode zeigt die Anmaßung des Patronats gegen die Rechte, welche sowohl die Descendenten des libertus haben, als welche die testirende Willkühr ihn sonst einräumen würde. Das prätorische Edict aber und die lex Papia sind es, welche diese Anmaßungen begünstigen und in der Form des Rechts aussprechen.

Das Wesen des prätorischen Edicts im Allgemeinen ist das natürliche Moment gegen das bloß civile festzuhalten und zu berechtigen. In so fern könnte eine Berechtigung der Anmaaßung des Patronats gegen das natürliche Moment, als dem Wesen des prätorischen Edicts zuwider erscheinen. Damit verhält es sich aber so: die sui heredes bilden allerdings im Gegensatz der Familie des Patrons das natürliche Moment, aber da die sui heredes selbst das Princip der Gewalt, also das bürgerliche Moment enthalten, so erkennt das prätorische Edict, die sui heredes nur in so fern als die Bevorzugte an, als ihnen das Princip der Leiblichkeit zu Grunde liegt. Liegt ihnen dieses zu Grunde, so soll es nach dem prätorischen Edict gar nicht mehr auf die Suität ankommen, sondern das Kind, sey es in der Gewalt oder nicht, schließt

Digitized by Google

den Patron immer aus, auch wenn es im Testamente übergangen und gegen dieses Testament nur die bonorum possessio contra tabulas nachgesucht hat. [391]) Aber in so weit der suus heres kein leibliches Kind ist, also ein Adoptivkind, eine Frau in manu u. s. w. ist es gegen den Patron nach dem prätorischen Edict selbst nicht mit der Gewalt der Natürlichkeit behaftet, vielmehr ist der Patron, welcher die Stelle einnimmt, ein Natürlicheres, als die nicht leiblichen sui (et siquidem ex naturalibus liberis aliquem suum heredem reliquisset, nulla videbatur esse querella, si vero vel adoptivus filius filiave, vel uxor, quae in manu esset sua heres esset, aperte iniquum erat, nihil juris patrono superesse. [392]) Der Patron erhielt daher eine bonorum possessio contra tabulas auf die Hälfte des Vermögens, wenn nicht liberi naturales eingesetzt waren, oder selbst b. p. c. t. erlangt hatten. Eben so erbte der Patron ab intestato die Hälfte, wenn Adoptivkinder oder eine Frau in manu vorhanden war. [393]) Die männlichen Kinder des Patrons haben nach dem Edicte dieselben Rechte wie der Patron, nicht so die weiblichen, welche bloß auf die Rechte beschränkt bleiben, welche ihnen das Zwölftafelrecht einräumt. [394])

Indem so das prätorische Edict den Patron und seine Familie in das Recht der sui heredes übergreifen läßt,

---

391) Gaji Comm. III. 41. enterbte Kinder schließen den Patron nicht aus.

392) Gaji Comm. III. §. 40.

393) Gaji Comm. III. §. 42. §. 1. I. eodem. (III. 8.) Ulp. XXIX. §. 1. Zwischen dem libertus und dem Patron ist ein nach Römischen Begriffen der Societät gleichkommendes Verhältniß (imago societatis) l. 1. §. 2. D. de bon. lib. (38. 2.)

394) Ulp. XXIX. §. 4. 5.

Digitized by Google

erweitert es die Succession des libertus, im Falle kein Patron oder dessen Descendenten vorhanden sind; es ertheilt eine bon. poss. intestat. zuvörderst den Cognaten des Freigelassenen, dann den Agnaten des Patrons (tum quem ex familia), und wenn der Patron selbst ein libertinus war, den Patron des Patrons und dessen Kindern. Ist der Freigelassene ein ingenuus manumissus, so folgt statt des Patrons der parens, dann kommt auch hier die bonorum possessio unde vir et uxor an die Reihe, endlich die Cognaten des Patrons, und zwar gewisse Cognaten, die die lex Furia ausnimmt. War der Freigelassene ein ingenuus manumissus, der nur aus der väterlichen Gewalt entlassen war, so gingen seinem angeblichen Patron, wenn dieser nicht der Vater, sondern ein extraneus manumissor war, noch zehn Personen vor. [395])

Wenn so das prätorische Edict wenigstens die Rechte der Natürlichkeit und Leiblichkeit gegen die Angriffe des Patronats sicher gestellt hatte, so ließ die lex Papia den Patron selbst gegen die leibliche Descendenz Rechte erkämpfen. Hatte der libertinus weniger als drei leibliche Kinder, aber 100,000 Sestertien oder mehr hinterlassen, so kam dem Patron ein Viriltheil zu, der libertinus mochte testatus oder intestatus gestorben seyn. [396]). Die lex Papia gewährte ferner den weiblichen Kindern des Patrons dieselbigen Rechte, welche das Edict lediglich dem Patron und seinen Kindern männlichen Geschlechts ertheilt

---

395) S. Göschen in Hugo Magazin IV. S. 257 — 358. S. meine Scholien zum Gajus S. 359. Glücks Intestaterbfolge S. 731.

396) Gaji Comm. III. §. 42. §. 2. I. eodem. (III. 8.) l. 26. D. de bon. lib. (38. 2.)

Digitized by Google

hatte; vorausgesetzt, daß diese Weiber das jus liberorum hatten. [397]) Indem aber die lex Papia auch die libertina, die das jus quatuor liberorum hatte, von der Tutel des Patrons befreite, und ihr somit das Hinterlassen eines Testaments erleichterte, erhielt der Patron in Concurrenz mit Kindern einen Virilitheil, [398]) ab intestato schloß er die Kinder seiner liberta bis zum S. C. Orphitianum immer aus. [399]) Die Patroninn erhält wie die weiblichen Kinder des Patrons, durch die lex Papia die Rechte des Edicts, und zwar die freigeborne Patroninn die zwei, die freigelassene Patroninn, die drei Kinder hatte. Die patrona ingenua, die drei Kinder hat, erhält sogar alle Rechte, die nicht bloß das Edict sondern selbst die lex Papia dem Patron gewährt. [400]) An der Intestaterbfolge der Patroninn in das Vermögen der liberta ändert die lex Papia nichts. Ist weder die Patroninn, noch die liberta, capite deminuirt, so schließt die Patroninn die Kinder der liberta aus, ist hingegen capitis deminutio der einen oder anderen vorhanden, so schließen die Kinder der liberta, als die nächsten Cognaten die Patroninn aus, die kinderlose Patroninn hat gegen das Testament der liberta kein Rechtsmittel; die Patroninn aber, welche Kinder hat, hat bonorum possessio contra tabulas libertae im selben Maaße, wie der Patron gegen den libertus. [401]) Die Tochter der Patroninn braucht sogar nur ein Kind zu haben, um dasselbige Recht zu erlangen. [402])

397) Ulp. XXIX. §. 5.
398) Ulp. XXIX. §. 3.
399) Ulp. XXIX. §. 2.
400) Gaji Comm. III. §. 49 — 52.
401) Gaji Comm. III. §. 51 52.
402) Gaji Comm. III. §. 53.

Digitized by Google

Die Rechte, die der Patron auf diese Weise gegen den libertus geltend machte, waren aber durchweg mit dem Character von Familienrechten behaftet. Indem das Vermögen des libertus einerseits dem Patron zufiel, fiel es ihm als Erbschaft, keineswegs als ein ihm gebührendes Sachliches zu. Daher folgten nur die Kinder des Patrons, gleichviel ob sie vom Patron eingesetzt, oder enterbt waren, keineswegs extranei heredes. Das Vermögen des libertus gehörte nicht dem Patron, sondern es hatte ihm erst in Weise der Erbschaft zuzufallen. Anders verhält es sich mit dem Vermögen eines Latinus Junianus; dieser lebte zwar als Freier, starb jedoch als Sklave, [403]) und sein Vermögen fiel nicht als Erschaft, sondern als Sachliches, dem Herrn Gehörendes, jure peculii, ihm zu. Hieraus folgen nun die von der Erbschaft an dem Vermögen eines libertus civis Romanus, ganz verschiedenartigen Consequenzen, wovon die hauptsächlich zu bemerken ist, daß das Vermögen des libertus Latinus nicht den enterbten Kindern des Patrons, wohl aber den extraneis heredibus desselben zukommt. [404]) Es ist durchweg hier keine familienmäßige, auch keine erbrechtliche Beziehung vorhanden, sondern der Patron oder dessen Erben erhalten hier ein ihnen schon lange zustehendes Eigenthum. Aber durch das S. C. Largianum wird diese reine Sachlichkeit des Verhältnisses verändert, und die Familienbeziehung nimmt auch hier einen Platz ein. Dieses Senatusconsult verordnet, daß liberi non nominatim exheredati des Patrons den extraneis heredibus in dem Vermögen des

403) Gaji Comm. III. §. 56. Fragm. vet. Jurec. §. 8. §. 4. I. de succ. lib. (III. 8.)

404) Gaji Comm. III. §. 57 58. S. meine Scholien zum Gajus S. 362.

Digitized by Google

Latini Juniani vorgehen sollen, [405]) eine Bestimmung, die in Beziehung auf ihre Auslegung, unter den Römischen Juristen manche Streitfrage erregt hat. [406]) Die Erbfolge in die bona dedititiorum nimmt bald den Character des Erbrechts der libertorum civium Romanorum, bald des der libertorum Latinorum an, je nachdem die dedititii, wären sie nicht bestraft worden, manumittirt, Latini, oder cives geworden wären. Die testamentifactio, aber die ihnen die lex Aelia Sentia nicht nimmt entzieht ihnen die Interpretation der Praxis. [407]) Indem Justinian den Unterschied zwischen den Freigelassenen aufhebt, hat das eben beschriebene Vermögensverhältniß, eines Latinus Junianus, den vollständigen Erbrechtscharacter eingenommen, und es giebt von jetzt nur eine Erbfolge in das Vermögen eines Freigelassenen.

c) Wenn in dem ersten Momente das ruhige Nebeneinandersеyn der Rechte der natürlichen Familie und des Patronats enthalten war, das zweite dagegen, das Uebergreifen des Patronats in die natürlichen Rechte, und den dadurch entstehenden Kampf aufwies, so hat das dritte seinem Begriffe nach, die Versöhnung dieses Kampfes, also die Rückkehr zu dem Frieden des ersten Moments zu zeigen. Die kaiserlichen Constitutionen der späteren Zeit sind es, welche, so weit es im Geiste der Römischen Geschichte liegt, diese Versöhnung bewirken. Schon die Kaiser Theodosius und Valentinian beschränken die Rechte der Kinder des Patrons darauf, daß der libertus in Ermangelung von Kindern den Söhnen, oder Sohnesenkeln ein Drittel hin-

405) Gaji Comm. III. §. 63 — 69.

406) Gaji Comm. III. §. 70. 71. S. meine Scholien zum Gajus S. 363.

407) Gaji Comm. III. §. 74 — 77.

terlassen müsse, die Töchter des Patrons aber so wie deren Descendenz ganz übergehen kann; ab intestato sollen, wenn keine Descendenten des libertus vorhanden sind, der Vater die Mutter, oder die Geschwister des Freigelassenen eine Hälfte des Vermögens haben, die andre Hälfte fällt erst den Kindern des Patrons zu. Der Patron selbst aber ist durch diese Verordnung noch nicht beeinträchtigt. [408])

Justinian beschränkt auch endlich das Recht der Patrone selbst. Ein libertinus, der weniger als 100 aureos hat, kann testiren, ohne den Patron einzusetzen; Kinder jeder Art, sowohl des libertus als der liberta, schließen den Patron aus. Hatte der libertus mehr wie 100 aureos hinterlassen, so kann er, sobald keine Notherben vorhanden sind, extraneos nicht einsetzen, ohne den Patron zu bedenken: sonst erhält dieser eine bonorum possessio contra tabulas, oder auch eine suppletorische Klage auf ein Drittel des Vermögens; ab intestato schließen auch hier Descendenten jeder Art bis ins Unendliche, und die Eltern des verstorbenen Freigelassenen, den Patron aus. Ist kein Patron vorhanden, so folgen dessen Kinder, ja sogar dessen Collateralien bis in den fünften Grad, dann die Cognaten des libertus, endlich die Ehegatten (vir et uxor.) [409]) Durch diese Erbfolgeordnung ist somit der Friede zwischen dem natürlichen Momente und dem Moment des Patronats wieder hergestellt. [410])

V. Das Erbrecht der Tutel. Die Tutel hat nicht bloß die Seite der Pflicht an sich, sondern auch die ein Recht zu seyn. Als dieses Recht ist es ein Erbrecht,

---

408) Cod. Theod. ed. Ritter VI. P. II. p. 113.

409) §. 3. I. h. t. (III 8.)

410) S. Glücks Intestaterbfolge S. 751.

Digitized by Google

und die Tutel hängt in so weit mit der Gliederung des Erbrechts überhaupt zusammen. Die Grundabtheilung des Römischen Erbrechts in das testamentarische und das Familienerbrecht, kommt also auch in der Tutel zum Vorschein, und äußert sich als testamentarische Tutel und Familientutel, (tutela legitima.)

In der testamentarischen Tutel liegt die Berechtigung der Willkühr, wie über das übrige Vermögen so auch über die Tutel zu schalten. In den Worten der zwölf Tafeln welche diese ungebundene Willkühr enthalten, ist die Tutel der pecunia gleichgestellt. Aber andrerseits ist diese Tutel nicht lediglich das der Willkühr anheimgefallene, sie setzt nothwendig die Gewalt über die voraus, über die die Tutel sich erstrecken soll; sie kann also nicht Ausfluß einer jeden beliebigen Willkühr, sondern nur der mit der Gewalt behafteten Willkühr seyn. Da sie ferner eine schwächere Weise der Ausübung der Gewalt ausdrücken soll, so setzt die testamentarische Tutel voraus, daß nach dem Tode des Testirenden nicht eine andre Gewalt die der Tutel Befohlenen unterwerfe. [411]) Eine testamentarische Tutel eines anderen als des Gewalthabers ist daher unmöglich; eine solche bedürfte, um zu gelten, erst einer anderen Substanz, der richterlichen Bestätigung. [412]) Weil, wie der Erbe für das Vermögen, so der Tutor für die Tutel, welche auch ein Vermögensrecht ist, ernannt wird, so hat das ältere Recht für die Ernennung des Tutors, dieselben Formeln, und die Beschränkung auf dieselben Ausdrücke, wie bei der Benennung des heres. [413]) Der heres wie

411) Gaji Comm. III. §. 146. §. 3. I. de tut. (I. 13.) l. 4. 26. §. 2. §. 3. D. h. t.

412) l. 2. D. de conf. tut. (26. 3.)

413) Gaji Comm. I. §. 149. II. §. 289.

der tutor erscheinen somit in gleicher Beziehung zu dem Testirenden. Die testamentarische Tutel, in so fern sie alle in der Gewalt seyenden Personen umfaßt, geht auch auf die Frau der strengen Ehe. Weil aber das Verhältniß der Ehe die Ausübung der Gewalt einigermaaßen modificirt, so reflectirt dieser Unterschied auch innerhalb der Tutel. Die testamentarische Tutel gegen die Frau der strengen Ehe hat das Eigenthümliche, daß der Testirende die Wahl der Tutoren in die Hände der zu bevormundenden Frau selbst geben kann. Diese tutoris optis, kann nun entweder eine volle (plena) oder engere angusta seyn, je nachdem es der Frau im Testamente gestattet wird, den Tutor so viel es ihr beliebt zu wechseln, oder nur ein oder zweimal zu wählen. [414]) Wie die testamentarische Erbfolge den Vorrang vor der Familienerbfolge hat, so hat ihn auch der tutor testamentarius vor dem legitimus. Es heißt von der testamentarischen Tutel, sunt quidam dati recte tutores secundum testamenta, id est, et a quibus oportet, et quibus oportet, et quomodo oportet, et ubi oportet. Pater enim filiis vel nepotibus, quos habet in potestate recte dat tutorem, sed in testamento. [415]) Der testamentarische Tutor war auch von aller Bürgschaft und weiteren Bestätigung frei. [416])

Entsprechend der Intestaterbfolge als Gegensatz der Testamentarischen ist nun die Intestat- oder Familientutel, (tutela legitima.) Da die sui die zu bevormundenden sind, so ist diese Familientutel einzig und allein, die Tutel

414) Gaji Comm. I. §. 150 — 153. S. meine Scholien zum Gajus S. 187.

415) l. 1. §. 1. D. de conf. tut. (26. 3.)

416) Gaji Comm. I. §. 200. l. 7. 17. 19. D. h. t. (22. 26.)

Digitized by Google

der Agnaten und Patrone. Bis die lex Claudia die Tutel der Agnaten über Weiber, was Constantin nur auf mündige Weiber beschränkte, aufhob, [417]) ist diese legitima tutela sowohl Geschlechtstutel, als tutela impuberum. Da diese Tutel über Weiber noch mehr wie jede andre Tutel die Natur eines Rechts hatte, so fand bei ihr das statt, daß sie wie irgend ein andres Recht in jure cedirt werden konnte. Der Tutor, dem so die Tutel cedirt wurde, hieß cessicius tutor; [418]) er war nur der Stellvertreter des eigentlichen Vormundes; starb er, oder erlitt er eine capitis deminutio, so fiel die Tutel an den in jure cedirenden wieder zurück: eben so fiel sie, wenn der eigentliche legitimus starb, an den nächsten legitimus. [419])

Wie das Patronat im Intestaterbrechte der Freigelassenen dieselbe Stelle einnimmt, die die Agnaten in der Erbfolge eines ingenuus haben, eben so entspricht die Tutel der Patrone der Agnatentutel: die durchgreifende Verbindung, die zwischen der Tutel und dem Erbrecht statt findet, läßt diese Tutel der Patrone, wenn auch nicht durch die Worte des Gesetzes, doch durch Interpretation einführen. [420]) Hatte jemand einen Sklaven lediglich in bonis, so wurde er nach der Manumission nur Latinus. Die Tutel über einen solchen Latinus nun ist von der Erbfolge in sein Vermögen vollkommen getrennt. Denn die Erbfolge in das Vermögen der Latinen ist, wie wir oben gesehen haben, eigentlich keine Erbfolge, sondern ein Eigenthumsrecht, jus peculii. Das Vermögen gehört

417) Gaji Comm. I. §. 157. l. 2. C. Theod. de tut. et cur. (3. 17.)

418) Gaji Comm. I. §. 169. Ulp. XI. §. 7.

419) Gaji Comm. I. §. 179. Ulp. XI. 7 §.

420) Tit. I. de leg. patr. tut. (I. 17.)

Digitized by Google

also dem Eigenthümer, dem, der den Latinen in bonis hatte. Die Tutel dagegen ist wie die wahrhafte Erbfolge ein quiritarisches Recht, und gebührt also dem, der den Sklaven in nudo jure Quiritium hat. Diese Trennung der Tutel und des Vermögens, die ich an einem anderen Orte ganz übersehen habe, [421]) erfahren wir jetzt aus der zweiten Ausgabe des Gajus.

Gaji Comm. I. §. 167. editio secunda.

Set Latinarum et Latinorum impuberum . . . . . ad . . . . . pertinet sed ad eos, quorum ante manumissionem ex jure Quiritium (*fuerunt unde si ancilla ex jure Quiritium*) tua sit, in bonis mea, a me quidem solo, non etiam a te manumissa Latina fieri potest, et bona ejus ad me pertinent . . . tutela tibi competit, nam ita lege Junia cavetur. [422])

Ist aber der Sklave von jemandem, der das quiritarische und bonitarische Eigenthum in sich vereinigt, manumittirt, aber andrer Gründe wegen Latinus geworden, so sind hier Tutel und Vermögensrechte wieder vereinigt (itaque si ab eo, cujus et in bonis et ex jure Quiritium ancilla fuerit, facta sit Latina, ad eundem et bona et tutela pertinet.) [423])

Die testamentarische Tutel und die tutela legitima haben namentlich in Beziehung auf die Tutel der Weiber eine ganz verschiedenartige Kraft. In der testamentarischen Tutel ist das Recht der Ernennenden die Hauptsache; der ernannte Tutor dagegen hat kein Recht sein Interesse gegen

421) S. meine Scholien zum Gajus S. 195.

422) Cf. Ulp. XI. §. 19.

423) Gaji Comm. I. §. 167.

die Bevormundeten geltend zu machen, in der tutela legitima fällt die Berechtigung als tutor zu handlen, mit der sich als tutor selbst zu ernennen, die in der testamentarischen Tutel auseinanderfielen, zusammen; deswegen wird von der tutela legitima behauptet, daß sie mehr ein Recht des Tutors zu nennen sey. (Sane patronorum et parentum legitimae tutelae vim aliquam habere intelliguntur, eo, quod hi neque ad testamentum faciendum, neque ad res mancipi alienandas, neque ad obligationes suscipiendas auctores fieri coguntur, praeter (quam si magna causa alienandarum rerum mancipi obligationisque suscipiendae interveniat, eaque omnia ipsorum causa constituta sunt, ut quia ad eos intestatarum mortuarum hereditates pertinent, neque per testamentum excludantur ab hereditate, neque alienatis pretiosioribus rebus susceptoque aere alieno minus locuples ad eos hereditas perveniat.) [424]) Daß die tutela legitima der Weiber in jure cedirt werden kann, ist, wie schon oben bemerkt worden, ein Ausfluß dieses größeren Rechts der legitima tutela.

Weil nun die legitima tutela die Natur eines selbstständigen Rechts hat, so hat sie eine andre Tutel gegenüber, die eben das enthält, eine unberechtigte tutela legitima zu seyn. Diese ist aber die tutela fiduciaria. Ihr liegt die fiducia zu Grunde, der Tutor werde von den ihm formell zustehenden Rechten keinen Gebrauch machen. Die tutela fiduciaria ist die Tutel des Quasipatrons, der jemanden, den er lediglich in mancipio hatte, manumittirt [425]) Der emancipirende Vater ist ein solcher Quasipatron nicht, sondern er ist als ein wirklicher Patron anzusehen und hat

424) Gaji Comm. I. §. 192

425) Gaji Comm. I. §. 166. ed. 2.

Digitized by Google

auch dessen Rechte, also die legitima tutela. [426]) Die Kinder des emancipirenden Vaters, die nun nach dem Tode desselben in sein Patronat folgen mußten, haben nicht wie er, die Patronatsrechte gegen den Emancipirten; ihre legitima tutela ist also, wie die Tutel des extraneus eines mancipium, zu einer bloßen fiduciaria tutela herabgesetzt. [427]) Da diese fiduciaria tutela also die Form einer legitima tutela ohne ihren Inhalt enthält, so muß häufig das Bestreben des Bevormundeten, namentlich der Frau, dahin gehen, den legitimus tutor in einen tutor fiduciarius zu verwandeln. Diesen Proceß beschreibt Gajus, indem er eine Frau deshalb eine manus cum extraneo eingehen, sie von dem coemptionator mancipiren, und von dem nunmehrigen Herrn, der dadurch tutor fiduciarius wird, manumittiren läßt. [428])

Wo kein testamentarischer, oder legitimus tutor vorhanden ist, da tritt der Staat ein und ernennt einen solchen. Diese Tutel, welche in ihrer Allgemeinheit der lex Atilia, und der lex Julia et Titia ihren Ursprung verdankt, nachher aber durch kaiserliche Constitutionen verändert worden, hat in dieser Lehre dieselbige Stelle, welche die bona vacantia in der Lehre vom Erbrecht einnehmen: sie enthält nämlich den Uebergang von der Familie zum Staat überhaupt.

VI. Das Erbrecht der cura. Hierher gehört lediglich die cura der Agnaten über den furiosus und prodigus aus dem Zwölftafelgesetz, eine cura, die der

---

426) Gaji Comm. I. §. 172. l. 3. §. ult. D. de leg. tut. (26. 4.) Tit. I. de leg. par. tut. (I. 17)

427) Tit. I. de fid. tutela (I. 19.)

428) Gaji Comm. I. §. 114 115.

Digitized by Google

tutela legitima entspricht.[429]) Sie hat zunächst eben so die Bedeutung, das Erbrecht dieser Agnaten gegen die Handlungen, wodurch der furiosus oder prodigus dasselbe beeinträchtigen könnte, zu schützen. In so fern der suus ein noch größeres Recht, wie die Agnaten hat, steht auch ihm auf jeden Fall zu, auf eine solche cura anzutragen. So erlangt bei Valerius Maximus der C. Licinius Hoplomachus daß seinem Vater, der ein prodigus ist, ein curator gesetzt wird.[430]) Diese Weise ist der Schwachsinnigkeitserklärung des Attischen Rechts nicht unähnlich, die auch Sophocles von den eigenen Kindern zu ertragen hatte.[431])

Indem somit die Entwickelung der Familie und ihrer Auflösung in der Sphäre des Erbrechts dargestellt ist, muß der Uebergang, welchen die Familie in die bürgerliche Gesellschaft, und sodann in den Staat macht, eben so innerhalb des Erbrechts reflectiren, d. h. es müssen die Beziehungen, in welchen die unmittelbare Sittlichkeit der Familie den höheren Forderungen der bürgerlichen Gesellschaft weicht, oder auch der Zusammenhang des Staats und der Familie im Erbrecht durchscheinen. Mit anderen Worten: es giebt ein Erbrecht der bürgerlichen Gesellschaft und des Staates gegen das die Familie entweder zurücktreten muß, oder das in Ermangelung einer Familie überhaupt einzutreten hat. Wir sind so auf die Lehre von den nicht familienmäßigen Intestatsuccessionen der bürgerlichen Gesellschaft und des Staates gekommen.

Die Familie ist die unmittelbare Sittlichkeit in Form und Gestalt des natürlichen Zusammenhanges der Liebe.

---

429) l. 1. D. h. t. (27. 10.) §. 3. I. h. t. (I, 23.) Ulp. XII. §. 2.

430) Valerius Maximus VIII. 6. §. 1.

431) S. 1sten Band, S. 324.

Digitized by Google

Diese Liebe ist es, welche die Beziehung des Individuums zu seiner Familie macht. Das Erbrecht der Familie hat daher die Bedeutung, ein Erbrecht der Liebe zu seyn; wer den Schmerz um den Verlust des Erblassers zu ertragen hat, soll auch in sein Vermögen folgen. Aber die unmittelbare Kraft dieser Natürlichkeit kann dadurch schlechterdings zerstört werden, daß die Liebe in Lieblosigkeit sich verkehrt. Die Lieblosigkeit der Familie ist somit das Aufheben derselben, da ihr Wesen die Liebe ist. Das Erbrecht der Familie wird daher durch Lieblosigkeit zerstört, dagegen ein Fremder, der dem nicht Angehörigen, eine freie nicht durch die Bande der Familie geforderte Liebe erweist, an deren Stelle tritt. Diese Ausschließung der Familie zu Gunsten eines Fremden, hat das spätere Römische Recht in einem Falle, nämlich bei der Verpflegung eines Wahnsinnigen. Hat trotz der geschehenen Aufforderung keiner der Intestaterben sich um denselben bekümmert, so beerbt der Verpfleger des furiosus denselben mit Ausschließung aller Intestaterben, ja sogar aller testamentarischen, die eben so der Erbschaft unwürdig geworden sind. [432])

Die nächste Beziehung eines Individuums, in Ermangelung von erbfähigen Verwandten, ist die zur bürgerlichen Gesellschaft: es ist der Stand, in dem man sich befindet, die Corporation, zu der man gehört, das collegialische Verhältniß in dem man gelebt hat. Dahin gehört das Erbrecht der Curie, des collegii naviculariorum, welches Constantin ertheilt, [433]) das Erbrecht des Regiments, das schon von Hadrian den Legionen, von Constantius

---

432) Nov. 115. cap. 3. §. 12.

433) l. 1. C. Th. de bon. decuri. §. 2. l. 1. C. de her. Dec. nav. (6. 61.)

endlich der Reiterei eingeräumt wird. [434]) Ferner gehört hierher das Erbrecht des cohortalis, [435]) des collegii fabricensium, [436]) das Erbrecht der Kirchen, [437]) endlich das des socii liberalitatis imperialis. [438])

Die letzte und allgemeinste Beziehung des Individuums, wenn seine Familie und seine Verhältnisse zur bürgerlichen Gesellschaft [439]) hinwegfallen, ist die zum Staate. Jedes Individuum hat am Staate seine Substanz, wenn es auch in untergeordneteren Sphären der Familie und des Standes entbehren sollte. Er kann wegen dieses Zusammenhanges niemals das Vermögen eines Individuums erblos werden, denn der Staat würde der letzte Kreis seyn, an den dieses Vermögen nothwendig zu fallen hätte. Das Erbrecht des Fiscus in Ermangelung anderer Intestaterben drückt daher dieses aus, daß kein Individuum ein absolut Einzelnes ist, sondern daß, wenn ihm der unmittelbare Zusammenhang der Liebe (Familie) oder der vermittelte des Standes (bürgerliche Gesellschaft) abgeht, er in und am Staate diesen höheren Zusammenhang besitzt, in dem er sich als fortdauernd weiß, und der für ihn eine eben so entschiedene Bedeutung als die Familie und die bürgerliche Gesellschaft hat. (Vacantia mortuorum bona tunc ad fiscum jubemus transferri, si nullum ex qualibet sangui-

434) l. 7. D. de ius. rupt. et ir. test. (28. 3.) l. 4. 17. D. de fideicom. (40. 5.) lib. I. 2. C. de her. Dec.

435) l. 3. C. de her. Dec. (6. 61.)

436) l. 5. C. de her. Dec. (6. 61.)

437) l. 20. C. de episc. et clercis. (1. 3.)

438) l. un. C. h. t. (10. 14.)

439) S. Dirksen civ. Abh. II. p. 99. 100.

Digitized by Google

nis linea, vel juris titulo legitimum [reliquerit intestatus heredem. [440]) Wenn daher bisweilen die Meinung aufgekommen ist, es sey dieses Erbrecht des Fiscus kein wahres Erbrecht, und nur ein Recht herrenlose Sachen zu occupiren, so zieht es diese Meinung vor, den Staat und das Individuum als Einzelne gegenüber, wie im Zusammenhange des Aufeinanderfolgens zu denken. Der Fiscus hat aber, wie jeder andre Erbe, die Pflicht die Schulden und Vermächtnisse des Erblassers zu bezahlen, [441]) so wie er den Nachlaß nur cum inventario antreten darf. [442]) Sein Erbrecht verjährt schon nach vier Jahren. [443]) Nach dieser Zeit kann selbst gegen den malae fidei posessor kein Anspruch erhoben werden. [444])

Nachdem somit die Römische Intestaterbfolge, als ein für sich bestehender Kreis, der nothwendigen Gliederung des der Römischen Geschichte zu Grunde liegenden Begriffes gemäß, dargestellt worden, ist wieder an die Stellung zu erinnern, die die Intestaterbfolge selbst als Moment, im Zusammenhange des Erbrechts annimmt. Wie sie innerhalb ihrer den Kampf des Substantiellen und Persönlichen aufweist, so ist sie selbst dem Testamente gegenüber, nur die eine Seite des gleichen Gegensatzes, der, nachdem er die ganze Härte des Kampfes bestanden, das testamentarische wie das Intestaterbrecht, als ruhig nebeneinanderstehende Sphären

---

440) l. 4. C. de bon. vac. (10. 10.)

441) l. 11. D. h. t. (49. 14.) l. 114. §. 2. D. de leg. I. (30.) l. §. 1. D. de jur. cod. (29. 7.)

442) l. 5. C. h. t. (10. 10.)

443) l. 1. C. de quadriennii praescr (7. 37.)

444) l. 1. 4. C. h. t. (10. 10.)

Digitized by Google

enthält. In dieser ruhigen Haltung ist nun aber die Vermittelung der beiden Gegensätze, wie schon bemerkt worden (S. 144) eine eben so feste Existenz als das testamentarische und Intestaterbrecht selbst geworden; es hat, wie diese, eine bestimmte wenn auch mehr äußerliche Entwickelung. Diese Entwickelung aber macht den Gegenstand des folgenden Kapitels aus.

Digitized by Google

Viertes Kapitel.

Die Identität beider Systeme.

Der Kampf des testamentarischen Systems und des Familiensystems ist im ersten Kapitel dieser Abhandlung dargestellt worden. Indem die Ausgleichung dieses Kampfes die beiden Gegensätze des Testaments und der Familie zurückläßt, ist auch das Resultat dieses Kampfes zu einem dritten Systeme geworden, das friedlich neben beiden steht. Es giebt nämlich neben den testamentarischen und Intestaterben auch solche, die als Intestaterben verlangen können, testamentarische zu seyn. Nicht die Berechtigungen der Intestaterben gegen das Testament sind hier abzuhandlen, denn diese haben schon in der Darstellung des Kampfes beider Systeme ihre Erledigung gefunden, sondern vielmehr nur das Resultat dieser Berechtigung, das was die Intestaterben gegen die willkührliche Erbfolge errungen haben. Dieses ist aber das Pflichttheil, und wir haben somit die Lehre vom Pflichttheil darzustellen.

Das Pflichttheil hat sich als die bloß quantitative Ausgleichung des Gegensatzes des Testaments und der Familie ergeben. (S. 131) Aber diese quantitative Mitte ist nicht das Letzte. Es ist nämlich nicht gleichgültig, auf welche Weise diese Quantität hinterlassen worden, sondern der

Digitized by Google

Berechtigte muß durchweg als Erbe eingesetzt seyn. Die bloße Quantität des Pflichttheils hat somit eine Seite der Qualität oder Form, welche als ein wesentliches Moment desselben erscheint. Diese Lehre enthält demnach die drei Momente: a) der subjectiven Berechtigung, b) der quantitativen Bestimmung, c) der Qualität oder Form.

a) Nicht alle Intestaterben sind auch solche, die zum Pflichttheil berechtigt sind. Dies nämlich zum Pflichttheil berechtigt zu seyn, setzt eine besondere Nähe dieser Intestaterben voraus. Berechtigt sind daher nur: 1) die Descendenten, und zwar bis ins Unendliche auf dieselbige Weise wie sie ab intestato geerbt haben würden; Adoptivkinder die von Nichtascendenten adoptirt sind, haben keinen Pflichttheil in der Adoptivfamilie zu fordern, denn das Intestaterbrecht, das sie erlangen, ist eben dadurch ausgezeichnet, daß es mit dem Character des Notherbenrechts nicht versehen worden. [1]) Dagegen kann der Arrogirte, oder von einem Ascendenten Adoptirte, so lange er in der Adoptivfamilie ist, keinen Pflichttheil in der natürlichen Familie verlangen. [2]) Die Quarta Divi Pii, welche dem impubes arrogatus an dem Vermögen des Arrogators gebührt, ist nicht als Pflichttheil zu betrachten.

2) Die Ascendenten, wenn sie dem Erblasser ab intestato gefolgt seyn würden, und zwar nur die leiblichen, die selbst gegen einen Sohn, der in einer fremden Adoptivfamilie ist, das Notherbenrecht behalten. [3])

3) Die Geschwister. Hier ist es nicht bloß die Nähe des Grades, welche das Recht einen Pflichttheil zu fordern

1) l. 10. §. 1. C. de ad. (8. 48.)
2) §. 3. 4. 5. I. de exh. (II. 13.)
3) l. 30. pr. D. h. t. (5. 2.)

gewährt; sondern es ist dazu nöthig, daß sie noch außer der Enterbung, durch die Person verletzt seyn müssen, die ihnen vorgezogen ist. Sie haben nur das Recht sich zu beklagen, wenn ihnen eine turpis persona vorgezogen worden, und der Testator braucht ihnen daher nur einen Pflichtheil zu hinterlassen, wenn er etwa im Sinne hat, eine turpis persona in seinem Testamente einzusetzen. Dieses Recht auf ein Pflichttheil, wenn ihnen eine turpis persona vorgezogen worden, haben aber nun nicht alle Geschwister, sondern nur die germani und consanguinei. [4]) Endlich kann auch 4) das Recht der armen Wittwe auf einen Erbtheil, in so fern es durch keine willkührliche Verfügung geschmälert werden kann, als Pflichttheil betrachtet werden.

Diese bestimmten Intestaterben sind es also, denen ein Pflichttheil gebührt. Aber es ist die bloße abstracte Qualität zu diesen Intestaterben zu gehören, nicht zur wirklichen Berechtigung hinreichend; sie giebt nur die Möglichkeit den Pflichttheil zu erhalten. Um diese Möglichkeit zur Wirklichkeit zu erheben, ist es nöthig, daß der Notherbe auch in diesem bestimmten Falle Intestaterbe gewesen wäre, denn der Intestaterbe selbst würde nur erben, in so fern kein Mehrberechtigter ihn ausschlösse. (Si quis ex his personis, quae ad successionem ab intestato non admittuntur, de inofficioso egerit (nemo enim eum repellit) et casu obtinuerit, non ei prosit victoria, sed his, qui habent ab intestato successionem: nam intestatum patremfamilias facit.) [5])

In so fern nun aber das neueste Römische Intestaterbrecht, die 118te Novelle, zum Theil die Erbfolge der

4) l. 27. C. de inof. test. (3. 28.)

5) l. 6. §. 1. D. h. t. (5. 2.)

Digitized by Google

Ascendenten und Geschwister in eine und dieselbe Ordnung bringt, andrerseits aber vollbürtige Geschwister und deren Kinder, den bloßen consanguineis vorzieht, so kann leicht die Frage entstehen, in wie weit die 118te Novelle die Stellung der Pflichttheilberechtigten verändert habe. Hält man nun den obigen Grundsatz fest, daß zwar der Character als Intestaterbe noch nicht zum Notherben erhebe, sondern daß nur die Notherben seyen, die bestimmt als solche genannt werden, daß andrerseits aber jeder Pflichttheilberechtigte im concreten Falle ein wirklich berufener Intestaterbe seyn müsse, so folgt daß zwar die 118te Novelle die Zahl der Notherben nicht vermehrt, wohl aber ihre Stellung in Beziehung auf die Intestaterbfolge verändern kann. Vollbürtige Geschwister sind also zugleich mit den Ascendenten zu einem Pflichttheil berechtigt, dafern eine turpis persona im Testamente eingesetzt worden. Dagegen haben bloße consanguinei keinen Pflichttheil zu fordern, wenn Kinder vollbürtiger Geschwister vorhanden sind, denn nun haben die consanguinei kein Intestaterbrecht, wenn auch die Kinder der Geschwister überhaupt nicht Pflichttheilberechtigte sind.

b) Das zweite Moment dieser Lehre ist das Moment der Quantität, nämlich die Berechnung des Pflichttheils überhaupt. Die allgemeine Bestimmung ist die, daß wenn der Erben vier oder weniger sind, der Pflichtheil den dritten Theil des Intestaterbrechts, wenn aber fünf oder mehr, die Hälfte desselben betragen solle. [6]) Wenn auch in der Justinianeischen Novelle, die diese Erhöhung des Pflichttheils enthält ausdrücklich nur der Kinder gedacht wird, so erstreckt sich diese Vermehrung den Schlußworten nach dennoch auf alle Pflichttheilberechtigte, (hoc obser-

6) Nov. 18. cap. 1.

vando in omnibus personis, in quibus ab initio antiquae Quartae ratio de inofficioso lege decreta est.) Enterbte Intestaterben, werden, wie die, welche beim Leben des Erblassers dem Pflichttheil entsagten, mitgerechnet, um die Größe des Pflichttheils zu bestimmen; denn der nicht einen Pflichttheil fordernde Intestaterbe, bestimmt dennoch als Intestaterbe die Intestatportion, also den Pflichttheil der andern. Denn solche Pflichttheilberechtigte, deren Pflichttheil nicht ein Theil ihrer Intestatportion, sondern ein bestimmter Theil des Vermögens ist, wie z. B. der impubes arrogatus, sind wie schon gesagt worden, gar nicht als Notherben zu betrachten. Diese sind nur in Beziehung auf andre Notherben zur Ausmittelung der Intestaterbportion derselben und des Pflichttheils mitzuzählen. [7]) Weil der Pflichttheil aber die reine quantitative Ausgleichung in dem Kampfe der testamentarischen und der Intestaterbfolge ist, so würde jede Belästigung, die dem Pflichttheil auferlegt würde, eine Verminderung dieser Quantität seyn. Die Ausmittelung dieser Quantität beruht aber in der des Vermögens, welches der Erblasser zur Todeszeit hatte. [8]) Das was der Notherbe von dem Erblasser bei dessen Leben erhalten hat, und von ihm eingerechnet werden muß, als z. B. dos und donatio propter nuptias, wird bei der Ausmittelung der Quantität mitgerechnet. Eben so wird hinzugezählt, alles was der Notherbe aus dem Testamente in andrer Weise, als in Weise der Erbschaft, also z. B. durch Legat, Fideicommiß, oder donatio mortis causa

7) S. Thibaut Pandekten §. 811.
8) l. 6. C. h. t. (3. 28.)
9) l. 25. D. h. t. (5. 2)

erhalten hat. [10]) Ist so aber die Quantität des Pflichttheils ausgemittelt, so folgt, daß, weil sie eben dieses bestimmte Quantum ist, auch nicht einmal eine rein qualitative Beschwerung möglich sein kann. Denn die Categorie der Qualität würde hier unmittelbar in die andre der Quantität übergehen, und somit eine wahre quantitative Verminderung erreicht seyn. Der Pflichttheil kann daher nicht unter Bedingungen, oder auf eine künftige Zeit hinterlassen werden, weil diese Qualitäten durchweg eben so die Abweichung von der quantitativen Bestimmtheit zum Wesen haben.

c) Aber es ist dieses quantitative Moment nicht das Letzte überhaupt. Um als die wahre Ausgleichung zwischen den Testamentserben und den Intestaterben zu gelten, darf der Pflichttheil nicht das bloße Quantum seyn, sondern es kommt auf die Qualität dieses Quanti an. Mit andren Worten: die letzte Identität dieser beiden Systeme besteht nicht bloß in dem Pflichttheil, sondern darin, daß die Intestaterben in Beziehung auf diesen Theil als Erben gedacht werden, als Erben können sie aber nur gedacht werden, indem sie im Testamente eingesetzt sind. Es ist daher nicht allein nöthig, quantitativ den Pflichttheil zu hinterlassen, sondern man muß ihn so hinterlassen, daß die Notherben in Qualität von testamentarischen Erben überhaupt erscheinen. Sind sie als diese Testamentserben nur allgemein und ganz abstract aufgetreten, so ist wiederum nicht nöthig, daß die ganze Quantität des Pflichttheils ihnen als Erben hinterlassen werde. Da die Quantität nämlich für sich, und die Qualität eben so getrennt für sich ist, so ist nur erforderlich, daß das quantitative Mo-

10) §. 6. I. h. t. l. 36. pr. C. h. t. (3. 28.) l. 8. §. 6. D. h. t. (5. 2.)

ment, so wie das qualitative vorhanden sey, nicht aber, daß das qualitative Moment auch zugleich das quantitative enthalte. Es kann daher der gröste Theil des Pflichttheils titulo singulari hinterlassen werden, wenn der Notherbe nur in ein beliebiges minimum als Erbe eingesetzt ist. [11]) Dieses qualitative Moment hat jedoch nur seine Anwendung in Beziehung auf Descendenten und Ascendenten. Die Geschwister, die, wenn ihnen eine persona turpis vorgezogen wird, zum Pflichttheil berechtigt sind, hat das neueste Recht nicht berücksichtigt: sie haben in so fern nur den Pflichttheil als solchen, d. h. nur in quantitativer Weise zu erhalten, und es ist gleichgültig in welcher Form dieser hinterlassen wird. [12])

Die Lehre vom Pflichttheil, die wir eben abgehandelt haben, enthält also die Identität des willkührlichen und des Familiensystems. Der Intestaterbe wird als Notherbe zugleich testamentarischer Erbe. Der Testator dagegen hat durch ein bestimmtes Quantum, das er der Familie hinterläßt, das Recht erworben, mit dem übrigen Theil nach Willkühr zu schalten. Indem so die Gründe des Erbrechts, der testamentarische sowohl wie der Familiengrund, gegen einander gleichgültig sind, kommt das, was beiden gemeinschaftlich ist, im Systeme, zum Vorschein, nämlich das Erbrecht, das weder mit der testamentarischen Entstehungsweise noch mit der der Familie behaftet ist. Der Erbe aber, der nicht in seiner Eigenschaft als testamentarischer oder Intestaterbe auftritt, ist lediglich als Erbe zu berücksichtigen, und sein Verhältniß zum Vermögen wird das des Erben zur Erbschaft. Dieses, das Verhältniß des

---

11) Nov. 115. cap. 3. 4. 5.

12) S. Glücks Erläuterung der Pandekten VII. S. 116.

Digitized by Google

Erben zur Erbschaft, ist somit, als die andre äußere Seite der Identität des willkührlichen Erbrechts und des Familienerbrechts zu betrachten.

In der Regel wird in den Darstellungen des Römischen Erbrechts, diese Erörterung vom Erben und vom Erbrecht ganz abstract, gleichsam als der Ausgangspunkt des Ganzen vorangestellt, während die thätigen Beziehungen des Erben zur Erbschaft, als Antretung u. s. w., erst zuletzt abgehandelt werden. Eine solche Behandlung der Sache ist aber völlig willkührlich, denn der Ausgangspunkt des Erbrechts muß eben nicht das Erbrecht selbst, sondern außerhalb des Erbrechts seyn. In der Römischen Geschichte bestimmt sich nun dieser Ausgangspunkt in der Willkühr des Individuums, und in der Auflösung der Familie.

Mit dem Erben oder der Erbschaft anfangen, hieße den Ausgangspunkt im Erbrechte selbst setzen, und überhaupt von etwas handeln, daß sich selbst erst als ein Resultat zu ergeben hat: dies, daß jemand ein Erbe ist, ist er nur dadurch, daß er entweder testamentarischer oder Intestaterbe, oder als Notherbe, testamentarischer und Intestaterbe zugleich ist. Eben so kommt dieser allgemeine Character als Erbe erst zum Vorschein, nachdem die besonderen Entstehungsgründe für diesen Erben, die Willkühr und die Familie beseitigt sind. Wie dieses bestimmte Individuum erst wirklich Erbe ist, wenn die Schwierigkeiten, die aus den gegenüberstehenden Interessen des Testaments und der Familie entspringen, hinweggeräumt sind, eben so kann die Qualität in welcher jemand als Erbe auftritt, in begriffsmäßiger Ableitung erst im System erscheinen, nachdem das Testament und die Familie vom Schauplatz verschwunden sind. Dies ein Erbe zu seyn, ist etwas, worin der testamentarische Erbe, und der Familienerbe zusammenkommen und identisch sind. Diese beiden Seiten

sind

Digitized by Google

sind daher die Voraussetzung, nicht das Hinterher der Lehre vom Erben als solchem.

Der Erbe, als diese von allen besonderen Gründen des Erbrechts entblößte Qualität, setzt nun eben so allgemein ein Vermögen voraus, zu dem er sich als Erbe verhält. Hier ist der Ort, wo die Erbschaft (hereditas) im Systeme des Erbrechts auftritt. Um in dieser ihrer abstracten Weise zu erscheinen, verlangt sie zunächst, daß man erst zu dem Begriffe des Erben als solchem gekommen sey: sie ist das diesem Begriffe entsprechende Aeußerliche, und die Lehre, die nun abzuhandlen ist, kann als das Verhältniß des Erben zur Erbschaft bezeichnet werden.

Dieses Verhältniß des Erben zur Erbschaft, ganz ohne weitere Berücksichtigung des wahren Ausgangspunktes des Erbrechts, oder der besonderen Qualität des Erben, ist die Stelle, an welcher, im Römischen Systeme, das Erbrecht überhaupt erscheint. Es wird bei Gelegenheit der Erwerbungsarten als eine Weise, wie man per universitatem erwerbe, dargestellt. Das Erbrecht ist in dieser Darstellung zur reinen Sache herabgesetzt, und nimmt somit den bloßen Character der Erbschaft an. Denn das Interesse ist nun bloß, daß der Erbe zu dieser Erbschaft gelange, und die Gründe dieser Erwerbung, die Willkühr, (Testament) und die Familie (Intestaterbfolge), sind nur das gelegentliche Nebenbey, oder die äußeren, außerhalb des Systems liegenden Gründe dieser Erwerbung. Aber wenn so im Römischen Systeme das Erbrecht zur Erbschaft, und die substantielle Grundlage desselben zur ganz äußerlichen Erscheinung des bloßen Erwerbens verkehrt ist, so läßt sich nicht minder zeigen, daß diese Stellung im Römischen Rechte ganz consequent ist. Die eigentliche Stellung des Erbrechts ist im Familienrechte, und zwar ist es die Auflösung der Familie in der Sphäre des Ver-

mögens. Nun aber ist das Wesen des Römischen Erbrechts das, daß die Willkühr, der Familie, diesen Besitz des Erbrechts streitig macht, und sich vielmehr das Entscheiden über das Erbrecht vindicirt. Das Erbrecht müßte somit, wenn dieses Vindiciren für die Willkühr siegreich ausfiele, zu den Rechten der bloßen Persönlichkeit des Römischen Individuums als solchen gehören: es wäre eine Weise des Veräußerns überhaupt. Würde so das Römische Erbrecht durch diesen Kampf eine doppelte Stellung haben, einerseits zum Familienrecht, andrerseits aber zu den Rechten der bloßen Persönlichkeit gehören, so würde eben damit ausgedrückt seyn, daß das Erbrecht im Römischen Systeme, gar keine absolute Stellung überhaupt habe, es würde vielmehr der Kampf des Testaments und der Familie, eben so im Systeme wie in der Römischen Wirklichkeit hervortreten. Aber hätte das Römische Recht diesen Kampf im Systeme, wie in der Wirklichkeit, so hätte damit die Römische Geschichte den Begriff von sich selbst, d. h. von dem, was sie nur in Weise naiver unmittelbarer Darstellung auszuführen berufen ist: sie wäre somit über sich hinaus, oder sie wäre nicht, was sie ist. Der Kampf ist der Gesichtspunkt unter dem wir die Römische Geschichte zu betrachten haben, die Kämpfenden aber sind wohl von der Leidenschaft, jedoch nicht von der Betrachtung des Kampfes ergriffen. Soll daher das Erbrecht eine Stellung im Römischen Systeme überhaupt haben, so kann es nur eine solche seyn, die weder etwas mit der Familie noch mit den Rechten der bloßen Persönlichkeit gemein hat. Es ist also zunächst gerechtfertigt, daß diese Stellung, indem sie von den beiden Hauptinteressen des Erbrechts, der Familie und dem Individuum abstrahiren muß, eine vollkommen gleichgültige Stellung ist. Das Gleichgültigste für das Erbrecht ist aber dasselbe unter

Digitized by Google

der Vorstellung der Erbschaft und ihrer Erwerbung zu fassen; es ist zugleich der Punkt welcher die äußere Identität des testamentarischen Systems und des Familiensystems ausdrückt.

Die Erbschaft ist also dieses Sachliche, das die Bestimmung hat an den Erben zu kommen, (hereditas est pecunia, quae morte alicujus ad quempiam pervenit jure) [13] sie unterscheidet sich von den übrigen Sachen nur dadurch, daß sie eine universitas juris ist, oder als Erbschaft hat sie gar keinen anderen Character als den eine universitas juris zu seyn. Das Erbrecht und die Gründe desselben sind etwas, was die Erbschaft in diesem Sinn durchweg nicht angeht, obgleich beides mit dem Namen hereditas bezeichnet wird. Der Erbe hat zu dieser Erbschaft zu treten, d. h. er hat sie zu erwerben, er hat das was bisher einen andren vorstellte, zu dem Seinigen zu machen (heres in omne jus mortui non tantum singularum rerum dominium succedit.) [14] Der Erbe hat daher nicht bloß dieses oder jenes aus der Erbschaft zu erwerben, sondern er steht in einem Verhältniß zur Erbschaft, als einem Ganzen, wobei es denn gleichviel sein kann, ob dieses Ganze als Ganzes, oder als ein Theil definitiv an ihn kommt; denn ein ideeller Theil hat eben auch diesen Character, daß das Ganze in ihm ist. Trotz dem wird im Römischen Rechte häufig von einem heres ex certa re gesprochen. Mit diesem verhält es sich also: ist jemand auf eine bestimmte Sache eingesetzt, so folgt, daß die Hinzufügung der bestimmten Sache, den Character der Einsetzung nicht aufheben kann. Denn da die Einsetzung eben das ist, von

13) Cicero Topica cap. 6.

14) l. 37. D. de aq. v. om. her. (29. 2.) l. 29. 208. D. de verb. sig. (50. 16.)

dem bestimmten diesem zu abstrahiren, so ist eine solche Einsetzung auf eine bestimmte Sache, weiter nichts als eine Einsetzung auf keine bestimmte Sache, sondern eine unbestimmte Einsetzung überhaupt. Die Hinzufügung der Sache hat also den Werth, den sie überhaupt haben kann; sie gilt als ein Vermächtniß, als ein Präceptionslegat.

l. 35. D. de her. inst. (28. 5.) (Ulpianus)

Dicebam receptum esse, *rerum heredem institui posse*, nec esse inutilem institutionem; sed ita ut Officio Judicis familiae herciscundae cognoscentis contineatur, nihil amplius eum, qui ex re institutus est, quam rem, ex qua scriptus est consequi. Igitur ita re accipietur: verbi gratia pone duos esse heredes institutos, unum ex fundo Corneliano, alterum ex fundo Libiano, et fundorum alterum quidem facere dodrantem bonorum, alterum quadrantem: erunt quidem heredes ex aequis partibus, quasi suis partibus instituti; verumtamen Officio Judicis tenebuntur, ut unicuique eorum fundus, qui relictus est, adjudicetur, vel attribuatur. [15])

So lange der Erbe und die Erbschaft nun noch auseinander sind, d. h. so lange der Erbe die Erbschaft nicht angetreten hat, hat die Erbschaft noch die Bedeutung ein für sich Seyendes auszumachen. Der Ausdruck dafür ist hereditas jacet. [16]) Weil diese hereditas jacens eben so wie die angetretene Erbschaft ein Ganzes ist, so hat sie das Bedürfniß einer bestimmten Person zugehörig zu seyn, welche in Ermangelung des noch nicht antretenden

15) l. 1 §. 4. l. 78. h. t. (28. 5.) l. 17. D. de test. mil. (29. 1.) l. 13. C. h. t. (6. 24.)

16) l. 13. §. 5. D. quod. vi. aut. clam. (43. 24.)

Digitized by Google

Erben, die Person des Erblassers ist. (Hereditas enim non heredis personam sed defuncti sustinet [17]) oder auch nondum enim adita hereditas, personae vicem sustinet non heredis futuri, sed defuncti.)[18]) Die Erbschaft wird für den verstorbenen Herrn gehalten, (pro domino habetur),[19]) weswegen die vom Herrn angefangene Usucapion auch durch die hereditas jacens beendigt wird.[20])

Das Verhältniß des Erben zur Erbschaft zerfällt in folgende drei Momente:

a) Das unmittelbare Verhältniß. Der Erbe und die Erbschaft sind hier zwar in Beziehung gedacht, aber so, daß jedes noch für sich bleibt. Die Erbschaft ist hier noch nicht das Vermögen des Erben, sondern sie ist die noch für sich beharrende Quantität, so wie der Erbe der bloß zu dieser Erbschaft berechtigte ist. Es handelt sich in diesem Moment also bloß um die Stellung des Erben zur Masse der Erbschaft. Dieses unmittelbare Verhältniß enthält nothwendig die beiden Seiten der Einwirkung der erbschaftlichen Masse auf den Erben, dann aber der Einwirkung des Erben auf die erbschaftliche Masse. Diese erste Seite begreift man gewöhnlich unter dem Namen des Anwachsungsrechtes (jus accrescendi), die zweite unter dem Namen der collatio.

b) Das zweite Moment ist das vermitteltere Verhältniß der Erwerbung der Erbschaft; der Erbe und die Erbschaft sind hier nicht mehr zwei für sich beharrende Besonderheiten, sondern die Aufgabe ist vielmehr die, daß beide zusammenkommen, und daß die Erbschaft das Ver-

17) l. 34. D. de aq. rer. dom. (41. 1.)
18) §. 2. I. de her. inst. (II. 14.)
19) l. 61. D. de aq. rer. dom. (41. 1.)
20) l. 31. §. 5. l. 40. l. 44. §. 3. D. de usurp. (41. 3.)

mögen des Erben werde. In dieses Moment fällt nun die Lehre von der Antretung der Erbschaft, von der Erbtheilung, so wie von den den Erben zustehenden Rechtsmitteln überhaupt. Der Erbe ist hier mit der Erbschaft identisch geworden, und die Frage, welche hier aufgeworfen wird ist nun die, welche Rechte und Pflichten durch die erworbene Erbschaft an den Erben gekommen sind.

c) Das letzte Moment nun ist das, in welchem sich der Erbe der an ihn gekommenen Erbschaft wiederum entäußert. Diese Entäußerung kann entweder zuerst einen bloß natürlichen Grund haben: nämlich den Tod des Erben vor der Erwerbung der Erbschaft, und die durch ihn vermittelte Uebertragung auf seine eigenen Erben (transmissio) dann aber einen eben so unmittelbaren sittlichen Grund der Strafe, wohin die Fälle der Indignität und der Entziehung der Erbschaft gehören, endlich die Entäußerung, die den Willen des Erben zum Ausgangspunkt hat, nämlich die Veräußerung der Erbschaft (hereditas vendita.)

Dieses sind die drei Momente des Verhältnisses des Erben zur Erbschaft. Ehe wir zur Auseinandersetzung und Entwickelung derselben schreiten, ist es nöthig, Folgendes voranzuschicken. Es ist oben bemerkt worden, daß hier vom Erben, als von einer Qualität die Rede sey, welche die Gegensätze des Testaments und der Intestaterbfolge zu ihrer Voraussetzung habe, und daß die Stellung für diese Lehre des Erben als solchen, in so fern von diesen bereits zu ihrem Frieden gekommenen Gegensätzen abstrahire. Dennoch wird häufig in den angegebenen drei Momenten dieser Lehre, der Unterschied des Testaments und der Familie, so wie der der verschiedenen Intestaterben durchscheinen, und ein besonderes Recht für sich in Anspruch nehmen. Damit verhält es sich so: Die Gegensätze des Testaments

und der Intestaterbfolge, sind zwar, was ihren Kampf betrifft, ausgeglichen, aber sie sind eben so aus diesem Kampf als ruhig nebeneinander stehende Gegensätze hervorgegangen. Sie haben somit auf den bloßen Begriff des Erben als solchen den Einfluß, daß sie noch vorhanden sind, und die daraus folgende Einwirkung auf das Verhältniß des Erben zur Erbschaft überhaupt.

Wir haben nun diese drei Momente näher zu entwickeln.

a) Das unmittelbare Verhältniß des Erben zur Erbschaft zerfällt 1) in die Vermehrung des Erbtheils durch die Masse der Erbschaft (jus accrescendi), 2) in die Vermehrungen der Erbmasse durch den Erben (collatio.)

1) Das Accrescenzrecht. Dieses Recht hat die Bedeutung des rein natürlichen Moments des Anwachsens. Wie einem bestimmten Eigenthum durch Alluvion u. s. w. etwas anwachsen kann, eben so kann einem Erbtheil eine vacante Portion zuwachsen. Denn das Erbrecht ist eine sich über alle Theile erstreckende Totalität, der Erbe, wie klein auch seine Erbportion seyn mag, ist als Repräsentant dieser Totalität berufen. Er ist, wie schon gesagt worden, als Erbe überhaupt, und als Erbe dieses Theils zu betrachten. Das Accrescenzrecht bedeutet also weiter gar nichts, als, dem Erben müssen alle Theile der Erbschaft zuwachsen, dafern nicht jeder bestimmte Theil einen Erben für sich hat. Der auf $\frac{1}{10}$ eingesetzte Erbe erhält daher die ganze Erbschaft, dafern die übrigen $\frac{9}{10}$ nicht eben so bestimmten Erben dieser Theile zugefallen sind: denn in seiner Qualität als Erbe, ohne besondre Berücksichtigung des Theils, ist er schon dieses zu dem Ganzen in ein Verhältniß stehende Individuum. Würde die vacante Portion nicht dem Erben zufallen, so würde es eine Erbschaft geben, die ein andrer als der Erbe erhielte.

Das Accrescenzrecht hat also die Bedeutung eines rein Natürlichen, und ist mit der ganzen äußeren Nothwendigkeit dieser Natürlichkeit behaftet. Es ist ein Recht, dessen sich der Erbe eben so wenig erwehren kann, als der Eigenthümer der Alluvion: es ist weiter in keinem sittlichen Verhältniß begründet, sondern es ist schlechtweg dieses äußere Natürliche (qui semel aliqua ex parte heres extiterit, deficientium partes, etiam invitus excipit id est tacite ei deficientium partes etiam invito adcrescunt:) [21]) und hängt lediglich damit zusammen, daß der Erbe das Andre der accrescirenden Portion hat. Dieses Haben ist es schlechthin, nicht irgend etwas Anderes von der Willkühr abhängiges, was die Natur der Accrescenz ausmacht. (Si totam an partem, ex qua quis heres institutus est, tacite rogatus sit restituere, apparet nihil ei debere accrescere, *quia rem non videtur habere*). [22])

Häufig ist von den Rechtsgelehrten dieser natürliche Character der Accrescenz verkannt, und von ihr, als von einem eingeführten und daher positiven Momente, mit dem es sich wohl auch anders verhalten könne, gesprochen worden. In diesem Sinne wird behauptet, sie sey bei der testamentarischen Erbfolge entstanden, damit nicht ein Theil des Vermögens den Intestaterben, ein andrer den testamentarischen zufalle, [23]) oder die Accrescenz wird auch wohl gar als zur Verhütung des Erbrechts des Fiscus eingeführt betrachtet, oder als substitutio tacita angesehen. Dagegen muß man nun, wie schon geschehen erwie-

21) l. 53. §. 1. de aq. v. om. her. (29. 2.) l. 35. h. t. (29. 2.)

22) l. 83. D. h. t. (29. 2.)

23) S. Zimmern in seinen und Neustetels Untersuchungen S. 89.

dern: die Accrescenz ist gar nichts Eingeführtes und Entstandenes überhaupt, sie ist mit dem Begriffe der Erbschaft schon gesetzt, und zwar als ein bloß Natürliches, das gar nicht den Willen zu seinem Inhalte hat, und von dem sich der Erbe daher gar nicht losmachen kann.

Wenn dieses das Wesen des Anwachsungsrechts im Allgemeinen ist, so kann sich unter den Erben selbst ein Unterschied aufthun, welchem zufolge dem einen etwas anwächst, während der Andre leer ausgeht. In diese Betrachtung reflectirt daher der Unterschied der Erben, und in so fern hier auch von einzelnen Sachen die Rede ist, auch der der Legatare hinein. Wir erhalten daher das Anwachsungsrecht der Intestaterben, das Anwachsungsrecht der testamentarischen Erben und das der Legatare.

Das Anwachsungsrecht der Intestaterben beruht zunächst auf folgenden Grundsätzen. Das jus accrescendi überhaupt hat die Bedeutung, daß der Theil des Wegfallenden dem zuwächst, der dieses Wegfallende ohnehin haben würde, wenn der Ausschlagende gar nicht existirte. Nun giebt es eine doppelte Weise, wie ab intestato succedirt wird, so daß lauter Einzelne zur Erbschaft gerufen werden, (in capita) oder so daß die zur Erbschaft berufenen nicht bloß Individuen, sondern Stämme oder Linien sind, (in stirpes oder lineas); diese Stämme enthalten dann wieder als Unterabtheilung, die erbenden Individuen. Wird nun bloß in capita geerbt, d. h. nach Individuen, so folgt, daß die wegfallende Portion allen erbenden Individuen accrescire, wird aber in stirpes geerbt, oder in lineas, d. h. nach der allgemeineren Abtheilung des Stammes und der Gattung, so folgt, daß die Portion des wegfallenden Individuums zunächst seinem Höheren, seinem Stamme, nicht aber den Individuen als solchen zufalle. Erben z. B. Enkel von einem Sohne mit einem anderen Sohne zu-

Digitized by Google

sammen, und wird die Portion eines Enkels vacant, so fällt sie den übrigen Enkeln, nicht dem Sohne zu. [24])

In der testamentarischen Erbschaft schafft die Willkühr des Testirenden, das, was in der Intestaterbfolge die Natur der Familie ausmacht. Die nächste Frage, die hier entsteht, ist also die, kann diese Willkühr eben so den Unterschied der bloßen Individuen (capita) und der Stämme (stirpes) hervorbringen. Diese Hervorbringung ist nur möglich, indem mehrere Individuen, als machten sie eine Gesammtheit aus, mit einander verbunden werden, eben so wie die stirps oder linea mehrere solcher Individuen enthält. Eine solche Verbindung heißt conjunctio, und es entsteht nun die weitere Frage, welche Form diese conjunctio haben müsse. Eine solche conjunctio ist nur möglich, indem mehrere Erben zusammen genannt werden (verbis), oder zu einem Theile gerufen werden (re), oder indem sie zu einem Theile gerufen sind, zugleich zusammen genannt werden (re et verbis.) Die Wirksamkeit einer solchen conjunctio in Beziehung auf Accrescenzrecht, muß sich aus dem Wesen der Sache selbst ableiten lassen. Daß testamentarische Erben zu einem Theile gerufen sind, kann die zu diesem Theile Gerufenen auf keine Weise näher bringen. Denn da die Erbschaft aus lauter ideellen Theilen besteht, so ist ein Theil, zu dem mehrere gehören, eben nichts Festes, sondern nur das, wiederum gegetheilt werden zu können, und so ins Unendliche. Zwei Erben die zu einem $\frac{1}{12}$ eingesetzt sind, haben gar nichts Gemeinschaftliches, das sie von den anderen Erben unterscheide, denn diese Einsetzung bedeutet weiter nichts, als daß jeder für sich, und ganz unabhängig vom Anderen, auf $\frac{1}{24}$ eingesetzt ist. Das also, daß mehrere Erben auf

24) l. 12. pr. D. de B. P. c. t. (37. 4.)

einen bestimmten Theil zusammen eingesetzt sind, bringt keine Verbindung unter ihnen hervor, und setzt daher nicht voraus, daß der Testator sie habe verbinden wollen. Es steht also aus dem Wesen der Sache selbst fest, daß die conjunctio re kein vorzugsweises Accrescenzrecht bei testamentarischen Erben bewirkt, oder besser daß eine conjunctio re bei Erben überhaupt nicht von praktischer Bedeutung ist.

Die Verbindung, in welche der Testator mehrere bestimmte Erben gebracht hat, damit sie als zusammengehörig betrachtet werden, muß zunächst als diese Verbindung ausgedrückt seyn. Er muß gewollt haben, daß diese bestimmten Individuen gleichsam eine stirps ausmachen sollen, so daß der Theil des wegfallenden Individuums dieser stirps zufällt. Die Accrescenz bei Testamenten nimmt also allerdings den Character der Substitution an, und zwar einer Substitution, in welcher nicht ein Individuum einem anderen substituirt ist, sondern in welcher mehrere Individuen als ein Ganzes betrachtet werden, an das nun die Portion des Einzelnen fällt. In so fern nun die Substitution des Zusammengestellten für das untergeordnete Einzelne nicht als Substitution ausgedrückt ist, kann man ein solches Accrescenzrecht wohl auch eine substitutio tacita nennen: ein Begriff, der die Accrescenz im Allgemeinen nicht bezeichnet. Die Accrescenz findet nämlich hier statt, indem mehrere Erben durch ausdrückliche Worte verbunden sind, so daß in dieser Verbindung schon die gegenseitige Substitution liegt. Das vorzugsweise Anwachsungsrecht bei testamentarischen Erben wird daher lediglich durch verbis conjunctio bewirkt. Eine re conjunctio kann aus dem Grunde keinen Vorzug zu Wege bringen, weil überhaupt eine re conjunctio, wie schon ausgeführt worden, bei Erben gar keine Bedeutung hat.

Es ist somit auch über die Natur der conjunctio entschieden, die wir oben die conjunctio re et verbis genannt haben. In Beziehung auf testamentarische Erben begründet sie nur ein Vorzugsrecht, in so fern sie eine Verbalconjunction enthält; das Reale an ihr wird weiter nicht beachtet. Wenn es daher heißt: Maevius soll mein Erbe seyn, Titus und Sempronius sollen meine Erben auf ein Drittheil seyn, so fällt der Theil des nicht antretenden Titus allerdings an Sempronius allein, aber nicht wegen des Drittheils, in das sie zusammen eingesetzt sind, sondern wegen der Verbindung der Worte, die sie zusammenstellen.

Eine ganz umgekehrte Ansicht, als die eben aus dem Wesen des Begriffes von Erben entwickelte, haben indessen die meisten Rechtsgelehrten. Selbst in den zwei neuesten Abhandlungen über diesen Gegenstand, [25]) ist die Behauptung aufgestellt worden, daß ein vorzugsweises Accrescenzrecht bei testamentarischen Erben nur durch conjunctio re bewirkt werden könne, daß die verbis conjunctio dagegen etwas vollständig Müssiges sey. Zu dieser Behauptung hat die Analogie mit der Lehre von den Legaten bewogen, die, wie wir bald sehen werden, eben ein von der Lehre der Erbschaft völlig verschiedenes Princip enthält.

Es ist hier nun nicht der Ort, dieses seinem Princip nach Entwickelte auch exegetisch an einzelnen Stellen aufzuweisen; indessen mag es nicht ganz unnütz erscheinen, daß man durch einige der Hauptstellen darthue, daß die Römischen Juristen keine andre als die eben gegebene Darstellung gekannt haben, wenn auch dadurch diese Ab-

25) Göschen observ. jur. Rom. p. 100 et sq. Zimmern a. a. O. S. 91 et sq.

handlung die Natur einer civilistischen Abhandlung anzunehmen schiene, was zu seyn sie vollständig von sich ablehnt.

l. 59. §. 2. D. h. t. (28. 5.) (*Celsus.*)

Titius heres esto. Sejus et Maevius heredes sunto: Verum est, quod Proculo placet, duos semisses esse, quorum alter conjunctim duobus datur.

Hier ist die conjunctio eine bloße verbis conjunctio; der den Verbundenen zukommende Theil und eben so das etwanige Accrescenzrecht bestimmt sich erst als ein Hinterher der Verbalconjunction; er, der Theil selbst, ist nicht genannt: jeder alleinstehende Erbe bildet eine stirps, die zusammenstehenden gleichfalls eine, und die Theilung wie die Accrescenz geschieht demnach in stirpes, welche durch Verbalconjunction lediglich bewirkt ist.

l. 66. D. h. t. (28. 5.) (Pomponius.)

Si ita quis heredes instituerit; Titius heres esto, Gajus et Mevius aequis ex partibus heredes sunto, quamvis et syllaba conjunctionem faciat: si quis tamen ex his decedat, non alteri soli pars adcrescit, sed et omnibus coheredibus pro hereditariis portionibus, quia non tam conjunxisse, quam celerius dixisse videatur,

In dieser Stelle wird angenommen, daß es allerdings auf Verbalconjunction ankomme, und daß das Wort et eine solche Conjunction hervorbringe; in dem vorliegenden Falle jedoch scheine es, als ob das Wort et mehr die Folge eines unabsichtlichen Geschwindsprechens, als einer absichtlichen Conjunction sey. Und warum erscheint dies hier so? weil hinzugesetzt worden aequis ex partibus.

Diese Beziehung auf ein Erbtheil erscheint hier als die Hauptsache, sie mindert die Kraft der Verbalverbindung und läßt das Ganze unter dem Gesichtspunkte betrachten, als habe der Testator nur sagen wollen: Gajus Mevius aequis et partibus heredes sunto, und als sey ihm das Wörtchen et nur entschlüpft. Dadurch ist eben am stärksten gesagt, daß wenn er die Absicht gehabt hätte es auszusprechen, durch diese Verbalverbindung ein vorzugsweises Accrescenzrecht der so Verbundenen bewirkt worden wäre.

l. 66. D. h. t. (28. 5.) Javolenus.

Heredes *sine partibus* utrum conjunctim an separatim scribantur, hoc interest, quod si quis ex conjunctis decessit, hoc non ad omnes, sed ad reliquos, qui conjuncti erant, pertinet. Sin autem ex separatis, ad omnes, qui testamento eodem scripti sunt heredes, portio ejus pertinet.

Hier ist nur von verbaler Verbindung die Rede: das Wesentliche was in diesem Fragmente verhandelt wird, ist eben das, daß partes gar nicht genannt sind. Ganz abgesehen von aller realen Beziehung, also sagt dieses Fragment, bewirkt die verbis conjunctio Accrescenzrecht. Nicht daß mehrere in eine pars eingesetzt sind, sondern daß mehrere zusammen genannt sind, läßt das Anwachsungsrecht eintreten.

l. 17. §. 1. D. h. t. (28. 5.) (Ulpianus.)

Unde idem tractat, si duos ex undecim, duos sine parte scripsit, mox unus ex his, qui sine parte fuerunt repudiaverit, utrum omnibus semuncia, an ad solum sine parte scriptum pertineat? et variat. Sed Servius omnibus accrescere ait, quam sententiam veriorem puto: nam quan-

Digitized by Google

tum ad jus accrescendi, non sunt conjuncti, qui sine parte instituuntur.

Dieses Fragment ist das schlagendste von allen bereits Angeführten. Ulpian sagt, daß wenn zwei auf elf Uncien, zwei andre ohne Theile d. h. auf den Rest, also auf eine Uncie eingesetzt sind, so sey allerdings eine conjunctio vorhanden: welche conjunctio durch die Gemeinschaft an gleichen Theilen begründet ist. Fiele nun einer von denen zu gleichen Theilen Berufenen fort, so komme die vacante Portion dennoch an alle übrigen ohne Vorzug der conjuncti, denn eine solche conjunctio re setzt er hinzu (das sine parte hat in dem bestimmten Falle die Bedeutung einer pars) hat keine Wirkung in Beziehung auf Accrescenzrecht. Nur die verbis conjuncti können in Beziehung auf Accrescenzrecht den Vorzug der conjunctio geltend machen.

Endlich spricht Justinian in l. un. §. 10. de cad. toll. (6. 51.) nur von den verbis conjunctis. Es ist hier nur von conjunctim et disjunctim *nuncupatis* die Rede, und alles wird lediglich auf den sermo bezogen. (Hoc ita tam varie, quia conjuncti quidem propter *unitatem sermonis*, quasi in unum corpus redacti sunt et partem conjunctorum sibi heredum, quasi suam praeoccupant; disjuncti vero *ab ipso testatoris sermone* apertissime, sunt discreti, ut suum quidem habeant, alienum autem non soli appetant, sed cum omnibus coheredibus suis accipiant.)

Ganz verschieden von diesen, bei testamentarischen Erben geltenden Grundsätzen sind die Grundsätze in Beziehung auf das Anwachsungsrecht der Legatare. Die Legatare unterscheiden sich von den Erben dadurch, daß sie nicht zu einem Ganzen, sondern lediglich zu einem einzelnen Diesen berufen sind. Der Legatar hat außer dem

Legate nicht noch eine Qualität wie der Erbe, der außer dem bestimmten Erbtheil noch dieses hat, daß er Erbe im Allgemeinen ist. Der Legatar ist mit seinem Legate identisch, nicht so der Erbe mit seinem Erbtheil: er ist vielmehr dieses über sein Erbtheil hinauszugehen, und der Erbe als solcher zu seyn. Dem Erben wächst daher das Ganze, je nachdem seine Theile vacant werden, an, weil er von vorn herein diese Beziehung zu dem Ganzen hat; das vorzugsweise Anwachsungsrecht muß daher die Bestimmung des Testators zu ihrer Grundlage haben, und beruht lediglich auf verborum conjunctio. Bei dem Legatare findet eine weitere Qualität außerhalb der bestimmten Sache nicht statt, er steht zu seinem Collegatare in gar keiner Beziehung durch ein verbindendes Ganzes, wie der Erbe zu dem Miterben: jeder Legatar ist vielmehr dem anderen fremd; eine Verbindung erlangen sie nur durch die Sache, die ihnen zugleich legirt ist, das heißt: bei Legataren ist re conjunctio die einzig wirksame Verbindung.

Die res, diese Sache ist es, worin Legatare zusammenkommen können; außerhalb der Sache existiren sie selbst nicht, und können daher auch nicht eine Verbindung ausmachen. Während also aus dem Wesen der Sache bei Erben das Accrescenzrecht folgt, und nur das vorzugsweise Anwachsen auf verbis conjunctio beruht, fällt das Anwachsungsrecht und die vorzugsweise Accrescenz bei Legataren zusammen, d. h. nur durch das Zusammenberufenseyn zu einer Sache, durch re conjunctio, ist Accrescenz bei Legataren überhaupt möglich.

Der Sache nämlich steht der Legatar näher wie der Erbe, denn er ist auf diese Sache angewiesen und beschränkt, während der Erbe gar nicht mit einer bestimmten Sache zusammenhängt. Ist daher eine Sache mehreren

Lega-

Digitized by Google

Legataren vermacht, und fällt einer hinweg, so wird die Frage entstehen: kommt der hinweggefallene Theil dem Erben oder dem Collegatar zu? Die nähere Verwandtschaft des Collegatars zur Sache muß natürlich für den Collegatar entscheiden, d. h. mit anderen Worten: ein Accrescenzrecht findet bei Legataren, die re conjuncti sind, allerdings statt.

Was also bei Erben verbis conjunctio bewirkt, das bewirkt bei Legaten lediglich re conjunctio. Die re et verbis conjunctio, wie sie bei Erben die bloße Bedeutung der verbis conjunctio hat, hat bei Legaten lediglich die Bedeutung der re conjunctio.

Dieses aus dem Wesen des Begriffes von den Legaten entwickelte Accrescenzrecht kann weiter hier nicht exegetisch ausgeführt werden. [26]) Im älteren Recht modificirte der Unterschied zwischen dem legatum per vindicationem und per damnationem das Accrescenzrecht. Das legatum per vindicationem hat eben diese bloße Beziehung zur Sache, die den Legaten überhaupt eigenthümlich ist. Dieses Legat geht nicht über die Sache hinaus; deswegen findet auch nur bei diesem Legat in Beziehung auf re conjuncti Accrescenzrecht statt. [27]) Dagegen ist bei dem Damnationslegat die Eigenthümlichkeit des Legats weniger vorherrschend; ist mehreren eine Sache conjunctim vermacht, so hat nicht jeder eine Beziehung zur ganzen Sache, sondern nur zu einem Theile, ist sie disjunctim

26) Gaji Comm. II. §. 199. 206. 283. Ulp. XXIV. §. 12. l. 1. pr. §. 3. 4. l. 3. pr. l. 11. D. de usufr. accr. (7. 2.) l. 2. l. 3. §. 1. §. 2. D. quib. mod. ususf. (7. 4) l. 16. §. ult. de leg. II. (31.) l. 89. de leg. II. (32.) l. 41. eodem (32.) l. 84. §. 12. de leg. I. (30.) l. 11. C. h. t. (6. 51.)

27) Gaji Comm. II. §. 199.

vermacht, so kann einer die Sache, der andere den Werth fordern. [28]) Der Collegatar hat zum Theile des Anderen daher keine aus dem Begriff hervorgehende Beziehung: die vacante Portion bleibt also in der Erbschaft, oder es giebt überhaupt bei dem legatum per damnationem kein Accrescenzrecht. [29]) Bei dem legatum sinendi modo und dem per praeceptionem, finden theils die Grundsätze des Damnationslegats, theils die des Vindicationslegats statt. [30])

Das Accrescenzrecht überhaupt, sowohl bei Erbschaften wie bei Legaten, beruht auf dem rein natürlichen Momente des Zuwachsens. Aber das Sittliche, der Staat, hat die Macht dieses Natürliche zu besiegen und seinen Willen an die Stelle dieses gehemmten Natürlichen zu setzen. In den Anfängen der Kaiserzeit hebt die lex Papia das natürliche Accrescenzrecht auf; der Character eines Testamentserben oder Collegatars, ist ihr nicht mehr der Titel, die ausfallende Portion zu erhalten. Diese Portion wird vielmehr caduc. Nur eingesetzte Descendenten und Ascendenten bis zum dritten Grade behalten nach wie vor (jus antiquum) das Accrescenzrecht. [31]) Die caduce Portion aber fällt nicht sogleich dem Staate zu: zuerst kommt sie an die eingesetzten Erben, welche Kinder haben, waren solche nicht vorhanden, an die nicht kinderlosen Legatare, erst in Ermangelung aller dieser tritt das aerarium ein; der nicht kinderlose collegatarius conjunctus hat aber auch nach der lex Papia rücksichtlich des caduc gewordenen Antheils seines Collegatars, den Vorzug vor

28) Gaji Comm. II. §. 205.
29) Gaji Comm. II. §. 206.
30) Gaji Comm. II. 215. et sq.
31) Ulp. XVII. §. 2. XVIII.

Digitized by Google

den Erben, die Kinder haben. [32]) Durch Caracalla wird der Fiscus an die Stelle des Aerariums gesetzt, [33]) durch Justinian endlich aber das ganze Institut der Caducität aufgehoben und das natürliche Recht der Accrescenz wieder eingeführt.

2) Das unmittelbare Verhältniß des Erben zur Erbschaft enthält nicht bloß die Beziehung der Erbmasse zu dem Erben, sondern eben so umgekehrt die Beziehung des Erben zur Erbmasse, welche wir oben mit dem Namen der Collation bezeichnet haben. Aber dieses Verhältniß der Collation geht nicht alle Erben, sondern nur die Descendenten des Erblassers an; es ist also vorerst zu rechtfertigen, weswegen diese Lehre nicht bei den Descendenten, sondern hier, wo von der allgemeinen Qualität des Erben die Rede ist, vorgetragen wird.

Die Collation setzt nicht bloß Descendenten, sondern diese Descendenten als Erbende voraus: sie spricht nicht davon, daß die Descendenten erben, sondern sie betrachtet sie von vorn herein als Erbende. Es ist also die Stellung der Collation nicht unmittelbar bei den Descendenten, sondern bei den Erbenden anzunehmen. Die allgemeine Qualität als Erben muß nothwendig vorhanden seyn, ehe an eine Collation gedacht wird. Daß diese Erben nun auch Descendenten seyn müssen, ist mehr eine weitere Bestimmung der Erben als solcher, eine Qualität, die von den Erben in Beziehung auf Collation gefordert wird.

---

32) Gaji Comm. II. §. 111. 144. 150. §. 206. 286. Fragm. v. I. de j. fisci. §. 3. Ulp. XXV. §. 17.

33) Ulp. XVII. §. 2. S. meine Scholien zum Gajus S. 376. Dagegen aber Zimmern Heidelb. Jahrbücher 1821. May. S. 481.

Digitized by Google

Die Descendenten sind vor allen Erben besonders dadurch ausgezeichnet, daß sie in dem nächsten Verhältniß zu dem Erblasser stehen: ihr Recht ist gleichsam nicht ein Erbrecht, sondern ein Miteigenthum an den Sachen des Erblassers. [34]) (Rationem naturalem, quasi legem tacitam, liberis parentum hereditatem addicere, velut ad debitam successionem eos vocando, propter quod et in jure civili suorum heredum nomen ei inductum est. [35]) Dieses Princip des Miteigenthums, welches sich also schon vor allem Erbrecht vorfindet, giebt nicht zu, daß die Erbmasse als ein abstract auf sich Beruhendes, Geschlossenes gedacht werde, sondern weil das Erbrecht hier eben den Character des Miteigenthums hat, so ist es vielmehr nicht die Erbmasse, sondern das ganze Eigenthum des Erblassers welches in Betrachtung kommt. Mit anderen Worten: es ist vollkommen gleichgültig, ob ein Theil des Vermögens des Erblassers sich in der Erbmasse vorfindet, oder ob es schon von allem Erbrecht an die Descendenten gekommen ist. Denn an diesem an einzelne Descendenten gekommenen Theil ist eben so das Miteigenthum begründet, weswegen dem das, daß sich etwas bei einem Descendenten befindet, ganz gleichbedeutend damit ist, daß sich etwas in der Erbmasse vorfindet.

Dadurch nämlich, daß das Princip dieses Erbrechts das Miteigenthum ist, ist eine Gleichheit der Ansprüche aller Descendenten begründet: alle Descendenten haben nicht bloß an der Erbmasse sondern an dem Vermögen des Erblassers gleiche Ansprüche. Was also ein Descendent schon von aller Erbmasse erhalten hat, ist, weil diese nichts

34) l. 11. D. de lib. et posth. (28. 2.)

35) 7. pr. de bon. damn. (48. 20.)

Geschlossenes ist, zu dieser Erbmasse zu zählen, d. h. der Descendent muß das früher Erhaltene als Ererbtes, und das Ererbte als den ihm zukommenden Theil seines Eigenthums betrachten.

Das Princip der Collation ist also die gleiche Bedeutung des Ererbten und sonst vom Ascendenten Erhaltenen, in Beziehung auf Descendenten. Bei anderen als Descendenten, tritt eben der Unterschied des Ererbten, von dem sonstig Erhaltenen ein, und das Erbrecht wird ein eigener Titel, der mit den anderen nicht zu verwechseln ist. Bei Descendenten fallen diese Erwerbungsweisen zusammen, und wenn etwas von den Ascendenten kommt, ist es gleichgültig, ob es auf dem Wege des Erbrechts, oder auf irgend einem anderen erhalten worden. Nur Descendenten also haben das, was sie vom Vater erhalten, zu conferiren, nicht irgend ein anderer Erbe.

Wenn so die Collation zu ihrer Grundlage die Gleichheit der Descendenten als solcher hat, so scheint sie überhaupt dem Wesen des Römischen Familienrechts zu widersprechen, das eben die Descendenten als verschiedene setzt. Nur die sui heredes, die aus dem Familiennexus noch nicht Entlassenen, werden in Beziehung auf Erbrecht, in den angeführten Stellen als Miteigenthümer betrachtet, dagegen die Emancipirten eben das sind, gar keine Gemeinschaft an der Familie zu haben. Ist so die Differenz der Grundcharacter der Römischen Familie, so muß nothwendig hier die Frage entstehen, wie sich die Collation zu dieser Differenz verhalte, und welche Gestalt sie in dem Kampfe dieser Gegensätze annimmt?

Betrachten wir nämlich die sui für sich, und ohne Beziehung auf Emancipirte, so kann bei ihnen von einer Collation nicht die Rede seyn, denn die Collation setzt voraus, daß die Kinder vor aller Erbschaft von ihren

Ascendenten etwas erhalten haben, das sie nun in die Erbmasse einzuwerfen verpflichtet sind, sui können aber nichts von ihrem Vater eigenthümlich erhalten, denn sie haben kein Eigenthum überhaupt, und was ihnen der Vater giebt, gehört als peculium profectitium demselben fortwährend. Eben so wenig aber aus dem umgekehrten Grunde ist eine Collation bei Emancipirten anwendbar, denn die Collation setzt vor allen Dingen ein Erbrecht voraus, das die Emancipirten nicht haben.

Collation ist also, so lange die verschiedenen Arten der Descendenten in diesem schroffen Gegenüber bleiben, nicht denkbar: sie kann erst ihren Anfang haben, wenn die Versöhnung dieses schroffen Gegensatzes beginnt. Dieser Anfang ist daher der Moment, wo die Emancipirten durch prätorische Hülfe in den Besitz des Vermögens gesetzt werden; die Collation der Descendenten beginnt also als Collation der Emancipirten.

Die Emancipirten werden durch bonorum possessio den suis gleichgesetzt; sie erhalten, wie diese, einen Theil des väterlichen Vermögens: sie sind also eigentlich von nun an die Begünstigten: während sie Theil an der Familie und ihrem Gute haben, bleibt ihnen die ganze Breite der Selbstständigkeit und ihres früheren Genusses zum voraus; sie haben mehr wie die sui, indem sie um so viel früher in dem Besitze ihrer Persönlichkeit waren. Diese ihre Persönlichkeit, und die äußere Sphäre derselben, das selbstständig erworbene Vermögen, ist ein Geschenk des Erblassers, der sie emancipirt hatte. Soll daher die Gleichheit zwischen den suis und den Emancipirten, die nun überschritten ist, wieder hergestellt werden, so müssen die Emancipirten das, was sie bisher ihr Eigen nannten, mit den suis theilen, sie conferiren dadurch nur, das was sie vor den suis voraus haben, das was sie nicht haben

Digitized by Google

würden, wenn sie in der väterlichen Gewalt geblieben wären (hic titulum manifestam habet aequitatem, cum enim Praetor ad bonorum possessionem contra tabulas emancipatos admittat, participesque faciat cum his, qui sunt in potestate, bonorum paternorum, consequens esse credit, ut sua quoque bona in medium conferant, qui appetant paterna.) [36])

So wären wir zu dem Princip der Collation der Emancipirten gelangt: alles Andre ist nur die strenge Ableitung aus diesem Princip. Die Emancipirten haben nur den suis, nicht den anderen Emancipirten zu conferiren, [37]) die Collation findet nicht statt, wenn die Emancipirten Testamentserben sind, denn alsdann ist von ihrer Stellung in der Familie nicht mehr die Rede, [38]) sie haben ferner nur denen zu conferiren, denen sie durch ihre Theilnahme etwas entzogen haben, also nur den Mitgliedern der eigenen stirps, [39]) endlich ist ihr ganzes Vermögen bis auf die Dinge, die auch die sui besitzen konnten, wie das peculium castrense und non castrense der Collation unterworfen. [40])

Der Grund also, weswegen bei Emancipirten, nicht aber bei suis von einer Collation die Rede seyn kann, liegt in der Selbstständigkeit der Emancipirten, die ihnen vergönnt ein Eigenthum zu haben, welches als Geschenk des Erblassers zu betrachten ist. Bei den suis wird eine

---

36) l. pr. D. h. t. (37. 6.)

37) l. 3. §. 2. D. h. t. (37. 6.)

38) l. 1. §. 6. D. h. t. (37. 6.)

39) l. 1. §. 5. D. h. t. (37. 6.) l. 1. §. 13. D. h. t. (37. 6.) l. 1. §. ult. D. de conj. cum em. ejus (37. 8.) l. 20. pr. §. 1. D. de B. P. c. t. (37. 17.)

40) l. 1. §. 15. §. 20. l. 4. D. h. t. (37. 6.)

Digitized by Google

Collation erst eben so möglich, von dem Augenblicke an, wo ihnen selbstständige Vermögensrechte zustehen, und wo das, was sie vom Vater erhalten, als ihr Eigenthum anzusehen ist.

Den Anfang macht die dos der filiafamilias, welche, indem sie ihr eigenthümlich gehört, [41]) conferirt werden muß, wenn nicht ein ungleiches Verhältniß zwischen suis und Emancipirten eintreten soll, da es doch der Gang der Sache überhaupt ist, diese Differenz auszugleichen. Alles, was die sui eigenthümlich ererben können, müßte, in so fern die Emancipirten nun nichts voraus haben, auf eben diese Weise conferirt werden, da es ja eben die Selbstständigkeit der Emancipirten ist, welche den Grund ihrer Collation ausmacht.

Der dos ist zunächst die donatio propter nuptias gleichgesetzt. [42]) Aber nachdem die sui durch die verschiedenen ihnen gestatteten peculia adventitia eine gewaltige Breite der Selbstständigkeit erlangten, war es consequent, daß von nun an den Emancipirten gestattet wurde, diese Persönlichkeit, die sie nun nicht mehr ausschließlich besaßen, eben so wie die sui, lediglich für sich zu haben, d. h. sie brauchten nicht mehr zu conferiren, was sie, wenn sie auch in der Gewalt geblieben waren, eigenthümlich gehabt haben würden. [43]) Indem die Selbstständigkeit nicht mehr als ein Sachliches betrachtet wurde, das in seiner äußeren Sphäre des Vermögens wenigstens zu conferiren sey, bekam die Collation die veränderte Gestalt, daß bloß wirklich vom Erblasser Empfangenes

41) l. 3. §. 5. de min. (4. 4.) l. 14. pr. D. ad. leg. Falc. (35. 2.)

42) l. 17. C. h. t.

43) l. ult. C. h. t. (6. 20.)

einzuwerfen sey, und alles was nicht vom Erblasser herkam, stand mit der Collation weiter in keiner Beziehung.

Die Gleichheit der Descendenten, welche die Grundlage des Collationsinstituts ist, hat sich also sowohl als das Princip der Collation der Emancipirten als auch der Collation der Descendenten überhaupt erwiesen. Diese Gleichheit hat aber ihre stärkste Anerkennung darin, daß selbst, wenn die Intestaterbfolge nicht das Fundament des Erbrechts der Descendenten ist, sondern wenn sie als Testamentserben zur Erbschaft kommen, dennoch ihr Character als Descendenten den des Testamentserben überwiegen, und die Collation nothwendig machen soll.[44]) Wie sehr dieses auch dem formellen Charakter des Römischen Rechts zu widersprechen scheint, so ligt doch eben darin die Aufhebung des Gegensatzes des Testaments und des Familiensystems. Auch schon im alten Rechte bleibt der im Testamente eingesetzte suus, heres suus et necessarius.

Die Descendenten sind somit die einzigen, die der Collationspflicht unterworfen sind, eben so haben sie lediglich anderen Descendenten zu conferiren; die Entferntere müssen den Näheren conferiren, auch das, was der, den sie repräsentiren, empfangen hat. Aber die Collation setzt nothwendig die Erbschaft voraus; der nicht antretende Descendent braucht auch nicht einzuwerfen.[45]) Ausgenommen von der Collation sind Alimente und Kosten der Erziehung, das peculium castrense und quasi castrense,[46]) eine donatio simplex, wenn nicht ein anderes Kind dos oder donatio propter nuptias conferiren

44) Nov. 18. cap. 6.

45) l. ult. D. d. dot. coll. (37. 7.)

46) l. 1. §. 15. D. h. t. (37. 6.) l. 42. 21. C. h. t. (6. 20.)

muß, [47]) endlich dasjenige, was der Erblasser ausdrücklich der Collation hat entziehen wollen. [48]) Die Willkühr des Erblassers hat also hier einen freien Spielraum, vorausgesetzt, daß dadurch der Pflichttheil anderer nicht geschmälert werde.

b) Wenn in dem Accrescenzrechte und in der Collation, das unmittelbare Verhältniß des Erben zur Erbschaft liegt, so haben wir nur zu dem vermittelteren der Erwerbung überzugehen. Es ist hier nicht mehr davon die Rede, wie sich die Erbschaft zum Erben, und der Erbe zur Erbschaft verhalte, sondern hier tritt vielmehr die Identität des Erben und der Erbschaft ein, da diese dem ersteren nicht mehr als ein Fremdes gegenübersteht, sondern das Seinige wird.

Dieses, daß die Erbschaft das Eigenthum des Erben wird, ist nun entweder eine Thätigkeit des Erben, zu der er sich anschicken muß, oder diese Identität des Erben und der Erbschaft, ist selbst als ein unmittelbares Verhältniß gesetzt. Hier nämlich tritt der Unterschied der necessarii heredes so wie der sui et necessarii heredes von den extraneis auf. Bei Sklaven, wenn sie zu Erben eingesetzt sind, und bei Hauskindern im Falle der Intestaterbfolge und des Testaments, ist die Erbschaft vom Erben nicht durch die dazwischen liegende Willkühr getrennt, sondern das Verhältniß ist so substantiell, daß die Willkühr nicht hineinreflectirt. Die genannten Personen haben nicht erst durch einen Act ihrer willkührlichen Thätigkeit zu der Erbschaft zu treten, und dieselbige sich anzueignen, sondern sie ist ihnen ohne diese Thätigkeit (ipso jure) er-

47) l. 20. §. 1. C. t. (6. 2.)
48) Nov. 18. cap. 6.

Digitized by Google

worden.) [49]) Diesen unmittelbaren Zusammenhang der Hauskinder und der Erbschaft hebt aber der Prätor auf, indem er gestattet, daß die Willkühr und die Rücksicht der Erben, in Form der Enthaltung (jus abstinendi) die Unmittelbarkeit dieses Verhältnisses trenne. [50])

Jeder Erbe, der nicht necessarius heres ist, der sich also zur Erbschaft als ein noch Fremder (extraneus) verhält, muß die Erbschaft erst zu dem Seinigen machen, d. h. er muß antreten und durch Antretung erwerben. Diese Antretung hat die drei Gestalten der absoluten Form (cretio), der thatsächlichen Erklärung (pro herede gestio), und der bloßen Willkühr (nuda voluntas.)

Die Antretung durch cretio hat die Bedeutung einer Bedingung, die der Erblasser an den Erben macht; er wird unter der Bedingung dieser Antretung eingesetzt: in so fern ist cretio nur bei testamentarischer Erbfolge statt haft. [51]) Die Zeit, innerhalb welcher cernirt wird, kann vom Erblasser willkührlich bestimmt werden, doch duldet der Prätor keine längere Zeit als 100 Tage. [52]) Es giebt eine cretio vulgaris und certorum dierum, oder continua; die cretio vulgaris findet statt, wenn dem Erben nur die Tage angerechnet werden, an denen er wußte, daß er Erbe sey, und cerniren konnte; die Aufgabe der cretio enthält alsdann die Worte quibus scies poterisque; sind diese Worte weggelassen, so wird ihm jeder Tag

---

49) Gaji Comm. II. §. 155. 156. §. 2. I. eodem (II. 19.) Ulp. XXII. §. 2.

50) Gaji Comm. II. §. 156. 157. Ulp. XXII. §. 24. §. 2. I. h. t. (II. 19.) Die Abstinirenden bleiben dem Namen nach doch Erben l. 30. §. 10. D. 40. 5.

51) Gaji Comm. II. §. 197.

52) Gaji Comm. II. §. 170.

Digitized by Google

angerechnet, dieses ist die cretio continua oder certorum dierum. [53]) Die Formel in dem Testamente für die cretio ist folgende: Lucius Titius heres esto, cernitoque in diebus (centum proxumis), quibus scies poterisque, Quodni ita creveris, exheres esto; [54]) ist die Strafe der Erheredation nicht hinzugefügt, so ist dieses eine unvollständige cretio (cretio imperfecta.) [55]) Der Erbe hat, um die Bedingung der cretio zu erfüllen, die Worte zu sprechen: eam hereditatem adeo cernoque. [56]) Ist jemand cum cretione eingesetzt, so kann er nur durch diese Antretungsart Erbe werden.

Aber schon um die Zeit des Kaisers Marcus Aurelius hört die cretio auf eine praktische Bedeutung zu haben, und der cum cretione imperfecta eingesetzte Erbe schließt durch bloße pro herede gestio den Substituten vollkommen aus, [57]) bei der Intestaterbfolge ist ohnehin die cretio durchweg nicht möglich; es bleiben also bloß die beiden andren Weisen der Antretung übrig, die thatsächliche Erklärung (pro herede gestio,) und die bloße Willenserklärung (nuda voluntas.) Hat sich jemand in die Erbschaftssachen thätig gemischt, [58]) oder erklärt, daß er nicht antreten wolle, so steht eine Veränderung dieser an den Tag gelegten Sinnesart nicht zu. [59]) Es wird daher der Ueberlegung durch das jus deliberandi ein Spielraum eröffnet, welcher nach Maaßgabe der Umstände

53) Gaji Comm. II. §. 171.

54) Gaji Comm. II. §. 174. pr. I. de vulg. subst. (28. 6.) Ulp. XXII. §. 33.

55) Gaji Comm. II. §. 172. 173.

56) Ulp. XXII. §. 28.

57) Ulp. XXII. §. 34.

58) §. 7. J. II. 19.

59) Comm. II. §. 169. Ulp. XXII. §. 29. §. 7. I. eodem.

Digitized by Google

verschieden seyn kann, [60]) bis endlich das Justinianeische beneficium inventarii selbst den Antretenden, wenn er ein Inventarium auferlegt, nur die Vortheile der Erbschaft genießen läßt. [61]) Der Unterschied der noch zwischen der Antretung (aditio) der Erbschaft und dem Nachsuchen (agnitio) der bonorum possessio statt findet, wird füglicher da abgehandelt, wo der Gegensatz der hereditas und bonorum possessio überhaupt auftritt.

Die Wirkung der angetretenen und erworbenen Erbschaft ist nun die völlige Identität des Erben und der Erbschaft; das Vermögen des Erben und des Erblassers ist von nun an ein eigenes, alle Rechte des Erblassers, in so weit sie nur die äußere Sphäre des Vermögens betreffen, und nicht, wie z. B. der Besitz die Persönlichkeit als solche verlangen, [62]) gehen auf den Erben über, dagegen derselbe nun alle Schulden und Pflichten des Erblassers aus seinem eigenen Vermögen zu erfüllen hat, [63]) wozu denn auch die Vermächtnisse gehören, die in Beziehung auf ihn gleichsam die Natur eines Contracts annehmen. [64]) Der Erbe, ohne Berücksichtigung ob er Intestaterbe oder Testamentserbe sey, hat eben so die sacra privata des Erblassers zu übernehmen, eine Auflage, die, wenn sie auch bisweilen den Singularsuccessor treffen kann, dennoch dem Erben, selbst dem extraneus, den Character des familienmäßigen Zusammenhangs ertheilt. [65]) Aber indem

60) Thibauts Pandecten §. 722.

61) l. 22. C. h. t. (6. 30.)

62) l. 23. pr. D. h. t. (43. 2.)

63) l. 8. D. 29. 2.

64) l. 5. I. h. t. (3. 27.)

65) Cicero de leg. II. 19. 20. 21. Treckell de orig. test. p. 230—233. v. Savigny Zeitschrift f. g. R. II. S. 362. u. fg.

Digitized by Google

diese sacra als Last betrachtet werden, die man je eher je lieber los werden möchte, so liegt in diesem Widerstreben wiederum die bloß äußerliche Bedeutung, die eine hereditas hat.

Der Erbe ist aber nicht bloß diese Totalität, welche den Erblasser als solchen darstellt, sondern er ist auch noch außerdem etwas Besonderes, nämlich dieser bestimmte Erbe, als solcher tritt er in ein Verhältniß zu Miterben. In dem Character als Miterbe liegt aber, daß die Erbschaft nicht mehr eine Totalität, sondern vielmehr die in bestimmte Theile zerfallende sey. Diese Erbtheilung und ihre verschiedenen Weisen, also auch die Klage auf Erbtheilung (actio familiae erciscundae) haben zwar das Erbrecht zu ihrer Voraussetzung, ihre weiteren Bestimmungen aber fallen nicht mehr in den Kreis des Erbrechts, da sie eben die Gränze und das Aufhören desselben sind. [66])

Für das nun erworbene Erbrecht stehen dem Erben gegen den unbefugten Besitzer Rechtsmittel zu, sowohl eine petitorische Klage (hereditatis petitio), sey diese vom Erben ausgehend oder vom bonorum possessor (possessoria) oder auch vom Fideicommissar (fideicommissaria), dann aber possessorische Rechtsmittel, als das Interdictum quorum bonorum, quod legatorum, u. s. w., aber die weiteren dogmatischen Bestimmungen dieser Rechtsmittel haben mit einer begriffsmäßigen Darstellung des Römischen Erbrechts durchaus nichts zu thun, da sie mehr der Lehre von den Klagen angehören. In der Lehre vom Erbrecht ist bloß die Stelle aufzuweisen wo sie stehen, ohne daß sie weiter zu berücksichtigen seyen. [67])

---

66) Ueber die dogmatischen Bestimmungen der Erbtheilung S. Thibaut §. 728 — 731.

67) S. darüber Thibaut Pandekten §. 738 — 745.

Digitized by Google

c) Der Erbe und die Erbschaft, welche auf diese Weise identisch geworden sind, haben diese Identität nun wieder aufzuheben, und zu ihrer früheren Verschiedenheit zurückzukehren. Dieses Aufgeben hat die Voraussetzung der frühen Identität des Erben und der Erbschaft, andrerseits ist es der Punkt, in welchem das Erbrecht seine Erbschaft erreicht hat, und in einen andren Kreis übergeht. Diese Entäußerung der Erbschaft enthält folgende drei Momente: 1) die natürliche Entäußerung (transmissio), 2) die sittliche Entäußerung (Indignität), 3) die willkührliche Entäußerung (hereditas vendita.)

1) Die transmissio. So uneigentlich es erscheinen mag, von der transmissio als von einer Veräußerung zu sprechen, so verhält es sich dennoch nicht anders damit. In der transmissio liegt, daß das von einem Erben erworbene Erbrecht bei noch nicht angetretener Erbschaft, [68]) also da es noch nicht wirklich geworden ist, auf einen anderen, der nicht Erbe des ersten Erblasser ist, übergeht. Die Erbschaft befindet sich also hier schon im Zustande der Vermittelung und Entäußerung. In der Regel ist nun eine solche Vermittelung nicht statthaft, [69]) und die Transmissionsfälle sind daher nur Ausnahmen dieser Regel. Diese Ausnahme findet statt, wenn überhaupt eine restitutio in integrum angenommen wird, wie bei einer Abwesenheit in Staatsangelegenheiten, [70]) oder als Vorzug der väterlichen Gewalt, wenn der erbende Hausschn als Kind starb. [71]) Außerdem transmittirt der von Al-

68) Die s. g. transmissio ex capite suitatis ist keine transmissio, da bei den suis die Antretung nicht nothwendig ist.

69) l. 7. C. de jure del. (6. 30.)

70) l. 30. l. 84. 86. §. 2. D. de aq. v. om. her. (29. 2.)

71) l. 18. C. h. t. (6. 30.)

Digitized by Google

cendenten eingesetzte Erbe, der vor der Antretung stirbt, seinen Descendenten (transmissio Theodosiana), [72]) so wie der, welcher binnen dem ersten Jahre nach der Delation und vor Ablauf der Deliberationsfrist stirbt, allen seinen Erben, wenn diese den übrigen Theil des Jahres, oder die Deliberationsfrist zur Antretung benutzen (transmissio Justinianea. [73])

2) Die Indignität. Die vielen Fälle, die hierher gehören, sind meist ohne weiteren Zusammenhang, und daher bloß aufzuzählen. Ihr Begriff ist der: daß jemanden eine Erbschaft, die er erworben hat, wieder aus Strafe entrissen wird. Theils ist der Grund dieser Entreißung Undankbarkeit und Anmaaßung gegen den Erblasser, wie im Fall des S. C. Silanianum, wenn der Erbe unterließ, bei der Ermordung des Erblassers die gehörige Ausmittelung des Thäters zu versuchen, [74]) oder wenn der Erbe schon de bona des Lebenden ohne dessen Wissen verschenkt hat [75]) oder den Testator vom Verändern einer testamentarischen Disposition abhielt. [76]) Hierher gehört auch der Fall, wenn der Erbe auf irgend eine Weise Schuld ist an des Testators Tod, [77]) oder wenn das Testament durch eine abgewiesene Querel angegriffen wird [78]) u. s. w. Eben so kann die Entreißung eine Strafe des Handlens gegen die Gesetze seyn. Hierher gehört der Fall des taciti

72) l. 6. C. de his, qui ante 6. 52.

73) l. 19. C. h. t. (6. 30.)

74) Tit. D. 29. 5.

75) l. 2. §. ult. l. 29. §. ult. l. 30. D. de don. 39. 5.

76) l. 1. pr. §. 2. 3. l. 2. pr. D. si quis aliqu. 29. 6.

77) l. 3. D. h. t. 34. 9. l. 7. §. 4. D. de bon. damn. 48. 20. l. 10. C. 6. 35.

78) Paull rec. sent. 12. §. 3. l. 8. §. 14. l. 22. §. 2. 3. D. (5. 2.) l. 5. §. 1. 3. 5. 6. 16. D. (34. 9.)

Digitized by Google

fideicommissi, wenn der Honorirte den Auftrag vom Testator annahm, einem Unfähigen ein Fideicommiß zu entrichten, [79]) oder der einer verbotenen Ehe: Auch ist die Entreißung eine Strafe für die Nichterfüllung und Verheimlichung der letztwilligen Auflagen des Testators. In allen genannten Fällen tritt statt des ursprünglichen Erben der Fiscus ein. Häufig wird bloß der Unwürdige zu Gunsten der anderen Erben entfernt; eine Mutter verliert z. B. das Intestaterbrecht, wenn sie es versäumt, ihrem Kinde Tutoren zu erbitten. [80]) Geschwister, die ihren Geschwistern nach dem Leben standen, oder eine peinliche Klage gegen sie erheben, verlieren das Erbrecht zu Gunsten der übrigen Geschwister u. s. w. Viele dieser aufgeführten Fälle erstrecken sich nicht bloß auf die Erben, sondern auch auf die Legatare. [81])

3) Verkauf der Erbschaft. Nach älterem Rechte konnte der Intestaterbe vor Antretung der Erbschaft dieselbe an einen Fremden in jure cediren, dergestalt, daß der, welchem cedirt wurde, ganz und gar an die Stelle des Intestaterben, selbst als solcher trat. Der Testamentserbe konnte dieses nicht, auch der Intestaterbe nicht mehr nach der Antretung; der suus et necessarius war in dieser Beziehung immer im Falle des Testamentserben und des Intestaterben nach der Antretung, denn bei ihm ist Antretung überhaupt unstatthaft. [82]) Der Grund, warum Intestaterben und Testamentserben auf diese Weise unterschieden waren, liegt in der substantielleren Beziehung des Intestaterben zum Vermögen des Erblassers. Cedirte

79) l. 10. l. 18. pr. §. 1. D. h. t. 34. 9. l. 13. D. de j. f. 49. 14.

80) l. 2. §. 1. 2. D. qui petant 26. 6.

81) S. Zimmern Grundriß S. 78 — 90.

82) Ulp. XIX. §. 11. 12. 13. Gaji Comm. II. §. 34. et sq.

der Testamentserbe überhaupt, oder der Intestaterbe nach der Antretung einem Anderen in jure, so ging von der Erbschaft bloß das Eigenthum der körperlichen Sachen über, der Erbe konnte nach wie vor belangt werden, alle Obligationen aber gingen verloren. [83]) Nach den Meinungen der Sabinianer soll der suus et necessarius sogar niemals mit irgend einer Wirkung in jure cediren können.

Im neueren Rechte hört der Unterschied zwischen dem Verkauf einer testamentarischen und Intestaterbschaft auf, so wie der Unterschied den die Antretung macht, denn indem die in jure cessio selbst verschwindet, hat der Verkauf der Erbschaft überhaupt nur die Natur des Verkaufes einzelner Sachen; die Obligationen gehen durch Cession über, und wegen der gegenseitig entstehenden Pflichten sind eigene Stipulationen üblich: [84]) der Verkäufer bleibt nach wie vor Erbe, aber die Erbschaft, als Vermögen, ist an einen Dritten übergegangen.

In diesem Uebergange liegt das Aufhören des Erbrechts überhaupt. Was bis zu diesem Punkte als das bestimmte Vermögen der Familie, und in so fern als die Familie in ihrer Aeußerlichkeit zu betrachten war, das hört hier auf mit der Familie zusammenzuhängen: es geht an Dritte über, bei denen es nicht mehr als Erbschaft ist, sondern die Natur jedes anderen Entstandenen hat, auf eben die Weise, wie es am Ende das Schicksal der Familie überhaupt ausmacht, in die bürgerliche Gesellschaft überzugehen.

---

83) Gaji Comm. II. 34. et sq. III. 85. et sq.

84) S. meine Scholien zum Gajus S. 370 — 372.

Fünftes Kapitel.

Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest.

In den vorangegangenen Kapiteln ist der Begriff der Römischen Geschichte, wie er sich in dem Erbrecht manifestirt, dargelegt worden: Die Gegensätze, die in der politischen Geschichte als Patricisches und Plebejisches Princip auftreten, haben sich hier eben so als der Kampf der testamentarischen Willkühr und der Familie aufgewiesen. Jeder dieser Kreise hatte übrigens innerhalb seiner denselbigen Kampf zu kämpfen, den er auch nach Außen zu bestehen hatte, so daß diese Spaltung, welche sich ins Unendliche fortsetzt, zu ihrem Resultate die Nichtigkeit aller dieser Gegensätze hat. Diese Nichtigkeit, das Nachlassen der Gegensätze, ist die Form, unter welcher in der Römischen Welt die Identität und die Vermittelung des Kampfes auftritt. Die Versöhnung der Willkühr und der Familie hat die quantitative Mitte des Pflichttheils nicht überschritten.

Digitized by Google

Dieser Begriff des Römischen Geistes überhaupt und dessen Anwendung auf Erbrecht insbesondere, kann in seiner eigentlichen Weise erst ausgesprochen werden, wenn die Zeit der Römischen Welt vorüber ist. Denn der Begriff oder der Gedanke der Zeit verlangt, um aufzutreten, daß die Zeit sich bereits abgearbeitet habe, und zu einer höheren Stufe gelangt sey: Diese weitere Stufe ist es dann selbst, daß die Zeit nicht mehr in ihrer unmittelbaren erscheinenden Existenz, sondern zum Gedanken erhoben, vorhanden ist. Die Römer können daher unmöglich ihr Erbrecht so gefaßt haben, daß es den Gegensatz der Willkühr des Individuums und der Familie enthalte, denn um dieses zu fassen, wäre es nöthig, daß sie schon über sich selbst hinaus gewesen seyen. Unbewußt hat aber die Römische Gesetzgebung diesem Erbrecht die Gestalt des sich eben so wenig noch wissenden Römischen Geistes verliehen.

In dieser Bewußtlosigkeit und Naivität muß es doch aber eintreten, daß das, was wir als den Gedanken des Römischen Erbrechts erkennen, und als diesen Gedanken aussprechen, hin und wieder von den Römern als ein sich von selbst Verstehendes berührt wird, daß das, was eigentlich das Wesen des Römischen Erbrechts sey, als ein Bekanntes vorausgesetzt wird, ohne daß man weiter daran denken kann, dieses Bekannte einer Erörterung zu unterwerfen, denn weil eben dieses als Unmittelbares, sich von selbst Verstehendes, auftritt, nicht als ein Gedanke, so kann es die Rechtfertigung entbehren, der es sonst unterworfen wäre.

Der naive Ausspruch, womit die Römer das bezeichnen, was wir als Gedanken des Römischen Erbrechts entwickelt haben, ist der in der Ueberschrift dieses Kapitels

genannte Satz, nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest. Der Gegensatz des testamentarischen Systems und des Intestatsystems, so daß keines dieser Systeme neben dem andren bestehen könne, sondern daß die Natur eines jeden sey den andern auszuschließen, ist in dieser überall vorkommenden Sentenz ausgedrückt.

Ehe wir nun dazu gelangen, die weitere Bedeutung dieses Satzes zu entwickeln, sollen hier einige Hauptstellen wörtlich mitgetheilt werden, in denen derselbe enthalten ist, dann aber wollen wir eine kurze Angabe der Hauptmeinungen und Ansichten neuerer Rechtsgelehrten über die Bedeutung dieses Satzes folgen lassen, da es wohl keinen Satz des Römischen Rechts giebt, der auf äußerlichere Weise beseitigt worden. Es wird sich im Laufe dieser Mittheilungen erweisen, daß der Verstand sich eine unnütze Mühe giebt, wenn vom Auffassen des substantiellen Geistes die Rede ist, und daß gute Gründe für und wider, oder das Ersinnen eines möglichen Causalnexus, über die Einfachheit des Gedankens hinausgehen, anstatt ihn zu treffen.

Cicero de inventione II. cap. 21.

Unius enim pecuniae plures *dissimilibus de caussis*, heredes esse non possunt, *nec unquam factum est, ut ejusdem pecuniae alius testamento, alius lege heres esset.*

l. 7. D. de regulis juris (50. 17.) (Pomponius.)

Jus nostrum non patitur eundem in paganis et testato et intestato decessisse *earumque rerum*

naturaliter inter se pugna est, testatus et intestatus.

l. 1. D. de test. mil. (29. 1.) (Ulpianus.)

Miles enim *pro parte testatus potest decedere, pro parte intestatus.*

l. 37. D. eodem (29. 1.) (Paulus.)

Pro ea parte intestatus videbitur defunctus decessisse, *quia miles et pro parte testari potest.*

l. 39. D. de aq. v. om. h. (29. 2.) (Ulpianus.)

Quamdiu potest ex testamento adiri hereditas, ab intestato non defertur.

l. 15. §. 2. D. de inoff. test. (5. 2.) (Papinianus.)

Credimus eum legitimum heredem pro parte esse factum, et ideo pars hereditatis in testamento remansit: *nec absurdum videtur pro parte intestatum videri.*

Dieſer Satz nun, der zunächſt alle verſtändige Conſequenz zu beleidigen ſcheint, weil der Verſtand nicht einſieht, warum nicht eine beſtimmte Erbmaſſe zum Theil unter Teſtamentserben, zum Theil unter Inteſtaterben ſollte vertheilt werden können, wird daher als ein ſolcher betrachtet, der dieſer Sonderbarkeit willen einer ganz eigenen Auslegung bedarf. Eine ſolche Auslegung iſt nun entweder ganz äußerlich, indem beſtimmte Facta erſonnen werden, auf die ſich dieſer ſonderbare Satz wohl hätte beziehen können, oder auch wohl innerlicher, indem die Vernünftigkeit und Conſequenz dieſes Satzes dargethan werden ſoll.

Digitized by Google

Haubold [1]) leitet das Vorhandenseyn des Grundsatzes zunächst von der ältesten Comitienform her, die die Testamente hatten. Die Testamente hätten die Form eines Gesetzes gehabt, das niemand verlangt haben würde, der nicht von der Intestaterbfolge, als von dem früheren Gesetze, habe abgehen wollen. Indem so das Testament gemacht worden sey, um die Intestaterbfolge zu zerstören, sey auch die Unvereinbarkeit beider Grundsätze entstanden; ferner wäre bei Gelegenheit der Fortsetzung der sacra privata leicht ein mißliches Verhältniß zwischen Intestaterben und Testamentserben aufgekommen, so daß die Regel nothwendig geworden wäre; die spätere Testamentsform per aes et libram habe die Mancipation der ganzen Familie als solcher verlangt, und in so fern die Intestaterben ausgeschlossen, endlich seyen die Testamente im Römischen Rechte begünstigt gewesen, dagegen die Agnaten stets mit Haß behandelt worden wären. Bei allen diesen sogenannten Gründen tritt das ein, daß man gern die Gründe dieser Gründe wiederum erfahren möchte. Daß diese Gründe aber auch an sich eben so durch andre widerlegt werden können, hat Thibaut [2]) in seiner Auseinandersetzung gegen die Hauboldsche Erklärung gezeigt. Der erste und hauptsächlichste Grund leidet vornehmlich daran, daß grade die älteste Testamentsform, wie oben gezeigt worden ist, mit der Intestaterbfolge noch am innigsten zusammenhing.

Thibaut [3]) will nun von allem Vernünftigen und Consequenten des Grundsatzes, nemo pro parte, u. s. w.

---

1) De causis cur idem et testato et intestato decedere non potest. Lipsiae 1788. p. 21. et. sq.

2) Civ. Abh. S. 70 — 72.

3) a. a. O. S. 73. u. fg.

Digitized by Google

durchaus abgesehen wissen, und erklärt ihn für etwas, das, wie sonst so oft, in einer bloßen positiven Zufälligkeit lag. Der Grund der Rechtsregel sey nämlich lediglich eine buchstäbliche Interpretation der zwölf Tafeln gewesen, so daß etwa aus dem Worte intestatus bei eintretender Intestaterbfolge das völlige Aufhören der Testamentsfolge geschlossen worden sey: Einen weiteren innerlicheren Grund habe diese Regel nicht.

Seuffert versucht es zwar nicht, die Rechtsregel selbst zu erklären, indem er sich begnügt zu gestehen, daß man darüber keine befriedigende Antwort geben könne, [4]) er glaubt indessen die Anwendung der Regel darauf beschränken zu müssen, daß kein Testator von vorn herein den Willen haben dürfe, auf zweierlei Weise beerbt zu werden, daß es sich indessen hinterher, wie z. B. im Fall der querela inofficiosi testamenti, so stellen könne, daß dennoch die Intestat und Testamentserben zugleich eintreten: es heiße deswegen auch nur nemo *decedere* potest; was nach dem Tode durch zufällige Verhältnisse geschehe, versetze die Rechtsregel nicht. Es ist dieses die alte Unterscheidung von ab initio und ex post, die schon in der Glosse [5]) und bei Cujacius auftritt. [6]) Wenn man nun aber nach den Gründen und dem Wesen dieser Unterscheidung fragt, so erhält man dieselbige Antwort, die bei der Rechtsregel im Allgemeinen ertheilt wird.

---

4) Archiv für civ. Praxis III. S. 117 u. fg.

5) ad. §. 5. J. de her. inst. (II. 14.)

6) Opera ed. Neap. IV. p. 369. VIII. §. 663.

Digitized by Google

Dernburg [7]) endlich stützt sich zur Erklärung unseres Rechtssatzes auf den einen Theil der Hauboldschen Deutung, daß nämlich die Natur des Mancipationstestaments erheischt habe, die ganze Familie zu mancipiren, und daß, weil das spätere Testament aus dem Mancipationstestament hervorgegangen sey, diese Consequenz des Mancipationstestaments ebenfalls Gültigkeit behalten habe. Diese Meinung hängt mit der schon oben S. 80 angeführten Ansicht über die Entstehung des testamentum per aes et libram zusammen. [8])

Die angeführten Meinungen über die Rechtsregel, nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest, lassen sie also entweder als positive von allem Vernünftigen entblößte Sonderbarkeit bestehen, oder suchen sie durch einen äußerlichen Causalnexus zu rechtfertigen, der eben so das enthält, daß der Grundsatz nur in diesen sonderbaren positiven Verwickelungen seine Existenz hat. Indem so in beiden Fällen die Rechtsregel, als etwas Anomalisches auftritt, muß von vorn herein ein sehr gegründeter Zweifel entstehen, daß ein Grundsatz, der als der erste des Römischen Erbrechts durchweg vorangestellt wird, nichts andres als eine Bizarrerie seyn soll, deren Grundlage nur in rein äußerlichen Voraussetzungen sich befindet, vielmehr müßte doch z. B. der Ausspruch: earumque rerum naturaliter inter se pugna est, testatus et intestatus, darauf führen, daß dieser Grundsatz in Beziehung auf die Römische Welt, einen

---

9) Beiträge zur Geschichte der Römischen Testamente S. 311. u. fg.

8) Dernburg a. a. O. S. 311. u. fg.

Digitized by Google

ganz innerlichen vernünftigen Sinn hat, der keineswegs mit dem bloßen Hinweisen auf Aeußerlichkeiten sich abfinden läßt.

Der Grundsatz nemo pro parte u. s. w. enthält vielmehr in wenigen Worten, den ganzen Gedanken des Römischen Erbrechts, wie er in weitläuftiger Entwickelung in dieser Abhandlung nachgewiesen worden ist. Dieser Gedanke war der der Römischen Geschichte überhaupt, der Gegensatz des abstract Allgemeinen und der Persönlichkeit, der Kampf eines strengen und freien Princips, deren Schicksal es ist, einander gegenüber verdammt zu seyn. Im Kreise des Erbrechts trat dieser Gegensatz als der Kampf des Intestatsystems und des testamentarischen auf; die Familie und das Recht des Individuums haben gegen einander die Stellung feindlicher Mächte, wovon jede die andre zu überwältigen hat, und deren Vereinigung und Versöhnung nur die Folge der gegenseitigen Erschlaffung ist.

In dem Satze, nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest ist dieser ewige Gegensatz beider Systeme ausgesprochen, er bedeutet weiter nichts, als das Testament und die Familie kommen nie zu einander, sie haben nichts mit einander gemein, und es ist daher ein Unsinn (absurdum), wenn jemand im Sinne hätte, theils testamentarisch, theils familienmäßig beerbt zu werden; dieser Kampf des testamentarischen Systems, und Intestatsystems ist eben so nothwendig, als die Römische Geschichte selbst, *earumque rerum naturaliter inter se pugna est, testatus et intestatus.*

Wenn die Römer so in naiver unmittelbarer Weise, den tiefsten Gedanken ihrer Geschichte in der Lehre vom Erbrecht enthüllen, so kann man wohl nicht umhin, da

Digitized by Google

die Entwickelung des ganzen Erbrechts die Bestätigung dieser Wahrheit giebt, der Römischen esoterischen Deutung den Vorzug vor allen herbeigeholten Aeußerlichkeiten zu geben, die den Kern der Sache nicht treffen. Man kann sich indessen einigermaaßen der Verwunderung nicht enthalten, daß dieser Satz ein Befremden hat rege machen können, da er nur in Worten die wirkliche Bewegung des Römischen Erbrechts ausspricht. Diese Bewegung, nicht die Worte des Rechtssatzes, hätten vielmehr den wahren Gegenstand der Verwunderung und des Befremdens ausmachen müssen. [9])

Diese Bedeutung der Rechtsregel als des Ausspruches, der den vollen Gedanken des Römischen Erbrechts enthält, tritt noch mehr in den sogenannten Ausnahmen und Abweichungen hervor, die diese Regel erleidet. Zu diesen Ausnahmen gehört z. B. der Fall eines militairischen Testaments, so wie der der querela inofficiosi testamenti. Wir haben schon an einem früheren Orte die Römische Soldateske als diese Ausnahme von allem sonst gesetzmäßigen Festen und Heiligen gefaßt: dadurch, daß die Soldaten eine Ausnahme bilden, ist von selbst schon behauptet, daß dieses etwas Substantielles sey, worüber nur die Gesetzlosigkeit erhoben ist. In Beziehung auf die Erbfolge ist nun die Soldateske eben so der über dem Grundprincip des Römischen Geistes stehende Kreis, der aber eben damit, als das Zerstörende und Aufhebende

9) Zachariä über die wissenschaftliche Behandlung des Römischen Privatrechts, Wittenberg 1795. S. 29—32. sucht der Rechtsregel wenigstens eine Vernünftigkeit zu vindiciren, wenn auch der bestimmte Character der Römischen Geschichte nicht als der Grund auftritt.

Digitized by Google

dieses Geistes zu betrachten ist. Indem also ein Soldat in der Kaiserzeit pro parte testatus pro parte intestatus sterben kann, ist damit anerkannt, daß nur der über allem Gesetz erhabene Stand diesen Bruch in die Gediegenheit des Römischen Geistes zu bringen vermag. Es wird diese Licenz, wie die Nichtachtung der Gesetze überhaupt, behandelt, die den Soldaten in so vielen Fällen freisteht.

l. 19. §. 2. D. de castr. pec. (49. 18.) (Tryphoninus.)

Filiusfamilias paganus de peculio castrensi fecit testamentum, et dum ignorat, patri se suum heredem extitisse, decessit: non potest videri pro castrensibus bonis testatus, pro paternis intestatus decessisse, *quamvis id in milite etiam nunc rescriptum est, quia miles ab initio pro parte testatus, pro parte intestatus potuerat mori* quod jus iste non habuerit, *non magis quam sine observatione legum facere testamentum.*

Eine andre Ausnahme ist die querela inofficiosi testamenti. Wenn ein filiusfamilias gegen zwei Testamentserben die Querel anstellt und nur gegen einen siegt, so wird der nicht unterliegende Testamentserbe ex testamento, der filiusfamilias ab intestato erben; in diesem Falle sagt Papinian, sey keine Absurdität vorhanden, daß zwei verschiedene Erbfolgen zusammen sind, (nec absurdum videtur pro parte intestatum videri.) [10]) Die Erklärung, warum grade hier keine, sonst aber überall eine Absurdität nach Römischen Principien vorhanden seyn

10) l. 15. §. 2. D. h. t. (5. 2.)

würde, folgt aus dem Wesen der Sache. Das Notherbenrecht ist, wie wir bereits gesehen haben, grade die Identität des Systems der Willkühr und der Familie: es ist der Punkt, worin Testament und Intestaterbschaft grade das Bestreben haben zusammenzukommen. Da nun die Rechtsregel schlechthin den Gegensatz des Testaments und der Familie ausdrückt, so hat es nur einen Sinn, daß sie da nicht statt habe, wo eben davon die Rede ist, daß dieser Gegensatz aufhöre. Was durch die Querel erlangt wird ist dem Testamente abgerungen: Nach diesem Siege kann nun wohl die Intestaterbschaft in Frieden das Testament neben sich dulden; vor demselben ist aber der unendliche Gegensatz vorhanden, der die eine auf immer von der anderen ausschließt. Wenn im Falle der Querel, kann also Papinian mit Recht sagen, Intestaterbfolge und Testamentssuccession neben einander stehen, so ist dieses der einzige Fall, wo solches nicht als Absurdität zu erscheinen braucht.

Indem das spätere Recht überhaupt die Vereinigung der Gegensätze enthält, so verliert, was eigentlich dasselbe ist, die Rechtsregel nemo pro parte etc., an ihrer durchgreifenden Bedeutung. So sind z. B. die codicilli ab intestato eine solche Ausnahme vom herrschenden Grundsatz, indem hier dennoch das System der Willkühr, wenn auch in untergeordnetem Grade, neben dem der Familie Platz hat. [11]) Auf gleiche Weise enthält das Testament der Eltern unter Kinder, so wie die divisio parentum inter liberos in sich die Vermischung beider Systeme der Familie und der Willkühr.

---

11) l. 3. pr. l. 16. l. 19. D. h. t. (29. 7.)

Digitized by Google

Die Rechtsregel, nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest, ſpricht daher den Gedanken des Römiſchen Erbrechts aus, wie er ſich eben ſo der That nach manifeſtirt, und die Ausnahmen von dieſer Regel ſind nichts als das Schickſal der Römiſchen Geſchichte ſelbſt, aus der Kraft und dem Kampf der Gegenſätze zu einer äußerlichen und flachen Identität überzugehen.

Digitized by Google

Sechstes Kapitel.

Hereditas und bonorum possessio.

Wir haben das Römische Erbrecht nun nach seinen beiden Gegensätzen, so wie nach der Seite der Identität dieser Gegensätze entwickelt. Wenn somit die Aufgabe dieser Abhandlung gelöst zu seyn scheint, indem das Erbrecht sich seiner nothwendigen Gliederung nach dargestellt, so bleibt doch das Letzte noch zu thun übrig, nämlich das Erbrecht als eine Totalität ins Auge zu fassen. Bei der Betrachtung dieser Totalität tritt aber nun das Gesetz der Römischen Geschichte in vollständiger Wirksamkeit wieder auf. Jede Totalität nämlich, die in der Welt des Römischen Geistes zum Vorschein kommt, ist nicht von so concreter Art, daß sie ihre Gegensätze innerhalb ihrer habe, und dieselbigen beherrsche, sondern jedes Ganze hat sofort einen Gegensatz, der sich außerhalb seiner erzeugt; die neu entstandenen Gegensätze haben nun das Schicksal sich einander aufzureiben und so jene flache und leere Mitte hervorzubringen, die wir in allen Lehren, als die vollständige Indifferenz der Interesselosigkeit erkannt haben.

Die hereditas, das Erbrecht also, als die Totalität gefaßt, ist nicht ein in sich so begründetes Ganzes, daß

kein Gegensatz außerhalb seiner entstehen sollte, vielmehr ist es, wie jede andre Römische Erscheinung, mit einem Gegensatze schlechthin behaftet, und hat sich eben so, wie seine einzelne Theile, im Kampfe mit diesem Gegensatze herumzutummeln. Dieser Gegensatz ist der der hereditas und bonorum possessio.

Es kann hier bei dieser letzten Erörterung nicht mehr von den materiellen Verschiedenheiten die Rede seyn, welche das System der bonorum possessio vor dem der hereditas auszeichnet; diese Verschiedenheiten haben, so weit sie den Begriff angehen, im System des Erbrechts selbst ihren Platz: der Kampf, den diese Unterschiede innerhalb des Systems selbst geführt haben, gehören zur eigenen Entwickelung desselben. Hier an diesem Platze ist nur von dem Gegensatze die Rede, mit welchem die hereditas als Ganzes behaftet ist. Es ist schlechtweg dieses, daß die hereditas als hereditas einen Gegensatz habe, der bonorum possessio heißt.

Es ist sehr häufig davon die Rede gewesen, was denn eigentlich der Entstehungsgrund der bonorum possessio gewesen sey, ja der Römische Prätor hat sogar von neueren Juristen wohlgemeinte Angriffe über sein unredliches Verfahren aushalten müssen, dagegen andre ihn lebhaft vertheidigten. Mehrere haben sie aus dem jus gentium, andre aus den engen Gränzen der hereditas, die ein erweitertes Successionssystem erforderte, endlich wieder andre, als eine den heres selbst treffende Begünstigung erklärt. [1]) Das Eigenthümliche dieser Meinungen ist, daß sie alle Wahrheit enthalten, ohne daß mit diesem äußeren

1) Löhr Magazin III. S. 250 u. fg.

äußeren Causalnexus etwas entschieden wäre: es ist für den Begriff der bonorum possessio gleichgültig, welcher äußerliche Entstehungsgrund sie hervorgebracht hat: ihre eigentliche Bedeutung ist die, als das freie einer natürlicheren Sittlichkeit angemessenere Erbrecht dem abstract Römischen gegenüber zu stehen, auf eben dieselbige Weise wie das freie Eigenthum dem Quiritarischen, und die freie Ehe der strengen Ehe gegenübersteht. So wenig bei diesen letzteren Instituten gefragt werden könnte, welcher äußerliche Grund diesen Dualismus hervorgebracht hat, eben so wenig ist diese Frage bei der bonorum possessio wichtig, da der innere Grund das überall durchgreifende Gesetz der Römischen Geschichte ist. [2])

Der nächste und auffallendste Unterschied zwischen der hereditas und der bonorum possessio ist die abweichende Gliederung beider Gegensätze. Das Erbrecht enthält, wie gezeigt worden, die Differenz der Testaments und Intestatseite; erst später kommt diese Differenz zu ihrer Ausgleichung und Versöhnung im Notherbenrecht. Die bonorum possessio enthält dagegen von vorn herein diesen Gegensatz des Testaments und des Intestatsystems nicht, sie enthält vielmehr schon gewissermaaßen die Einheit beider Systeme, indem eines ihrer Glieder die negative Richtung des Intestatsystems gegen das Testament bezeichnet: die bonorum possessio ist eine dreifache, während die hereditas nur eine zwiefache ist; sie hat außer der bonorum possessio secundum tabulas und intestati, noch die contra tabulas aufzuweisen: es fragt sich also, was ist das Wesen dieser Verschiedenheit?

Die bonorum possessio dem Römischen Erbrecht gegenüber, hat die Bedeutung des abstract Freien, im

2) S. meine Scholien zum Gajus S. 316. 317.

Gegensatz des abstract Substantiellen; in so fern sie der hereditas gegenüber ist, enthält sie eben das, die Beschränkungen des Römischen Erbrechts zu vernichten; nun ist die Differenz des Testaments und der Intestaterbfolge, eben diese Beschränkung, welche sich innerhalb des Erbrechts begiebt, und die Aufgabe des Erbrechts selbst, ist über diesen Gegensatz hinauszugehen. Die bonorum possessio als der Gegensatz des Erbrechts selbst, muß also von Hause aus das enthalten, über diese Beschränkung hinausgegangen zu seyn. Enthielte sie das nicht, hätte sie den Gegensatz selbst, den das Erbrecht hat, so würde sie nicht als Gegensatz des Erbrechts auftreten können. Das, was das Erbrecht also erst als ein Resultat des Kampfes seiner beiden Seiten aufweist, die nothwendige Form der Erheredation, das hat die bonorum possessio von vorn herein als eine dritte Seite, ja diese Seite, als die negative, hat den ersten Platz, und den Vorzug vor allen positiven bonorum possessiones.

Dadurch nun, daß die bonorum possessio contra tabulas den ersten Platz hat, ist der Gegensatz und weitere Kampf des Systems der Willkühr und der Familie, so weit es die bonorum possessio angeht, aufgehoben: alle drei Momente haben ihre hier angewiesene Ordnung, es ist genau bestimmt, wenn sie herankommen, und jede weitere Bewegung ist ausgeschlossen. Während das Familiensystem innerhalb der hereditas noch ganz andre Siege erficht, ist die bonorum possessio ein geschlossenes System.

Begiebt sich so der Kampf der beiden Gegensätze nicht innerhalb der bonorum possessio, wie innerhalb der hereditas, sondern beruht die bonorum possessio vielmehr auf der Voraussetzung dieser Seiten, die sie bloß aufnimmt, und demnächst im Frieden des Aufeinander als

vorgefundene folgen läßt, ſo iſt auch die Gliederung dieſer verſchiedenen Seiten ſelbſt, in dieſem Sinne, daß ſie nämlich nicht den Kampf der gegenüberſtehenden Principien, ſondern vielmehr das ſchon errungene Reſultat deſſelben darbietet. Die bonorum possessio contra tabulas, entſpricht der ſchon in der hereditas aufgekommenen Nullität des Teſtaments wegen Nichterheredation: ſie erzeugt dieſe Nullität nicht, ſondern ſie findet ſie bei der hereditas vor, und wendet ſie nur in ihrem Kreiſe auch auf die Emancipirten an. Aber weil ſie ſelbſt nicht hereditas, ſondern der gerade Gegenſatz deſſelben iſt, ſo verwandelt ſich die Form der Nullität in jene negative und zerſtörende Richtung, welche eben die bonorum possessio contra tabulas iſt. Das Reſultat iſt übrigens faſt daſſelbige. Die Nullität des Teſtaments, wie die bonorum possessio contra tabulas, bringt den Zuſtand des Inteſtaterbrechts hervor,[3] wenn man von dem Beſtehenbleiben gewiſſer Legate abſieht.[4] Die bonorum possessio secundum tabulas nimmt eben ſo das vorgefundene Teſtament auf, wie die bonorum possessio contra tabulas, die Nullität dieſes Teſtaments: ſie hält ſich nur nicht an alle vorgeſchriebene Formalitäten deſſelben, ſondern ſie begnügt ſich mit geringeren, als die des Civilrechts ſind, über die Weſentlichkeiten kann ſie ſich aber eben ſo wenig hinwegſetzen.[5] Dieſe freiere Form des Teſtaments, wie ſie in der bonorum possessio hervortritt, iſt ſelbſt erſt das Reſultat des Kampfes, der ſich in der hereditas begiebt. Eben ein ſolches Reſultat ſind die erweiterten Klaſſen der

3) l. 8. §. 12. D. h. t. (33. 4.) l. 1. pr. D. de leg. praest. (37. 5.)

4) S. meine Scholien zum Gajus a. a. O.

5) S. oben S. 116.

Intestatsuccession, nach dem System der bonorum possessio.

Indem so die bonorum possessio bloß Vorgefundenes aufnimmt, fallen die weiteren Bewegungen des Erbrechts nicht innerhalb ihres Kreises. Die bonorum possessio ist stehender typischer Art, und alle ferneren Resultate des Erbrechts werden durch das Civilrecht vollbracht. Die Bereicherungen und Erweiterungen die bei der bonorum possessio möglich sind, fallen daher vollkommen außerhalb des Systems des Erbrechts selbst: sie sind außerordentlicher, factischer Natur, und haben mit der innerlichen Gliederung des Erbrechts nichts zu schaffen. Dahin gehören die außerordentlichen bonorum possessiones, die fast mehr den Prozeß als das Erbrecht angehen, als z. B. die bonorum possessio en Edicto Carboniano, die bonorum possessio litis ordinandae gratia, oder die quibus ex legibus. [6])

Die bonorum possessio ist also ein eigenes geschlossenes erbrechtliches System, dem System des Römischen Erbrechts gegenüber. Der Conflict beider, der somit auftritt, läßt die Frage entstehen: welches System ist das überlegene und siegreiche. In allen Kreisen der Römischen Geschichte ist das freie Plebejische Princip dasjenige, was das substantiell Patricische über den Haufen wirft. Nach diesem nothwendigen Gesetze ist es auch hier die bonorum possessio, die im Kampf gegen die hereditas, die Oberhand gewinnt. Der Civilerbe siegt nur dann gegen den bonorum possessor., wenn auch er eine nähere bonorum possessio haben könnte; dieses durchgreifende Gesetz hat

6) S. die guten Darstellungen v. Löhrs in seinem und in Grollmanns Magazin II. 451. III. 231. u. fg.

zwar im älteren Recht eine Ausnahme erlitten, [7]) die aber durch den Kaiser Antoninus [8]) hinweggeräumt ist, der auch in Beziehung auf bonorum possessio contra tabulas, die Vortheile der prätorischen Erbrechts über das Civilrecht durch größere Gleichmäßigkeit beseitigte. [9]) Ist demnach die bonorum possessio gleichsam der Maaßstab für ihre eigene Wirksamkeit, so liegt darin, daß die Ertheilung der bonorum possessio ganz ohne Berücksichtigung der späteren Wirksamkeit oder Unwirksamkeit vor sich geht, der Unterschied zwischen bonorum possessio cum re und sine re. [10]) Indem nämlich die bonorum possessio zunächst der bloße Gegensatz gegen das Erbrecht ist, wird dem Nachsuchenden bonorum possessio ertheilt, ohne Bekümmerniß darüber, ob diese bonorum possessio sich gegen die Kraft mächtigerer Ansprüche werde erhalten können. Dieser Kampf, aus welchem die eine bonorum possessio siegreich, (cum re) die andre geschlagen und wirkungslos (sine re) hervorgeht, ist erst ein Hinterher, verschieden von dem Nachsuchen und Ertheilen der bonorum possessio.

Somit wären wir zu einer andren Grundverschiedenheit der bonorum possessio und des Erbrechts gekommen. Das Erbrecht ist ein Ursprüngliches, durch sittliche Nothwendigkeit erzeugt. Als diese Nothwendigkeit steht es in unmittelbarer Beziehung zu dem erbenden Individuum: das Erbrecht fällt jemandem, sey die Delationsweise welche sie wolle, zu. Die bonorum possessio ist ein

---

7) S. meine Scholien zum Gajus S. 323.

8) Gaji Comm. II. §. 120.

9) Gaji Comm. II. §. 125.

10) Ulp. XXVIII. 13. Gaji Comm. III. §. 35. 36. Meine Scholien zum Gajus S. 323. 324.

Digitized by Google

Vermitteltes, Entstandenes, Hervorgebrachtes: sie ist erst erzeugt als Gegensatz der hereditas. Als dieses Vermittelte fordert sie, daß man zu ihr komme: sie steht in keiner unmittelbaren Beziehung zu irgend einem, und kann daher niemandem zufallen. Während die hereditas sich also von selbst anträgt, muß man erst um die bonorum possessio anhalten, (agnoscere). Diese Agnition findet seit Constantius vor jedem Magistratus statt, [11]) und zwar von den Eltern und Kindern binnen einem Jahr, von anderen binnen hundert Tagen. [12]) Die hereditas, als das Unmittelbare, ist dagegen an keinen Zeitraum gebunden.

Die hereditas und bonorum possessio, als zwei Gegensätze, haben nun im Verlaufe der Römischen Geschichte dasselbige Schicksal zu erleiden, das die Gegensätze in allen andren Sphären derselben trifft. Die bonorum possessio ist ursprünglich der Gegensatz der Billigkeit gegen die Härte und Abstraction des streng Römischen Erbrechts. Aber dieser Gegensatz ist ein stehender, und das Civilrecht bewegt sich über diesen Gegensatz selbst hinaus: das System der hereditas hat am Ende dieser Bewegung ein weit freieres und schrankenloseres Daseyn, als selbst die bonorum possessio. Nachdem z. B. die 115te und 118te Novelle aufgekommen, ist die bonorum possessio dagegen das Beschränkte und Feste. Indem sie also hiermit ihre praktische Bedeutung verloren hat, hat sie nur noch ein sehr kümmerliches Daseyn, und ihr einziger Werth, als System der hereditas gegenüberzustehen, ist lediglich theoretisch, ein Namen, der seine besondre Wirksamkeit verloren hat.. [13])

11) l. ult. C. qui adm. ad. b. p. (6. 9.)

12) Ulp. XXVII. §. 10.

13) S. die vortreffliche Darstellung v. Löhrs im Magazin III. S. 333 u. fg.

Digitized by Google

Indem somit der Gegensatz der bonorum possessio und hereditas zu einem vollständig bedeutungslosen herabgekommen ist, ist auch hier wieder die Identität der Gegensätze in Römischer Weise aufgetreten. [14]) Ohne absolut verschwunden zu seyn, sind sie im Frieden nebeneinander, und der harte Kampf hat sich in vollständige Gleichgültigkeit verwandelt. Das Römische Erbrecht endet wie die Römische Geschichte, mit der Auflösung der zu Gleichheiten gesunkenen Gegensätze.

Nachdem wir dergestalt die natürliche Familie, oder die Orientalische, die schöne Familie oder die Griechische, dann aber die sich in der Zerrissenheit und im Zerwürfniß mit sich selbst abarbeitende Familie, oder die Römische, betrachtet haben, ist die Aufgabe, so weit sie das Alterthum betrifft, vollbracht. Aus der Nacht und dem Tode des Alterthums aber erhebt sich der für sich seyende, und mit sich versöhnte Geist, aus der Zerrissenheit der Familie, die Familie der Sittlichkeit, Liebe und Wahrheit, welche auseinanderzulegen dem nächsten Abschnitte vorbehalten ist.

---

14) S. meine Scholien zum Gajus S. 327. u. fg.

Ende des zweiten Bandes.

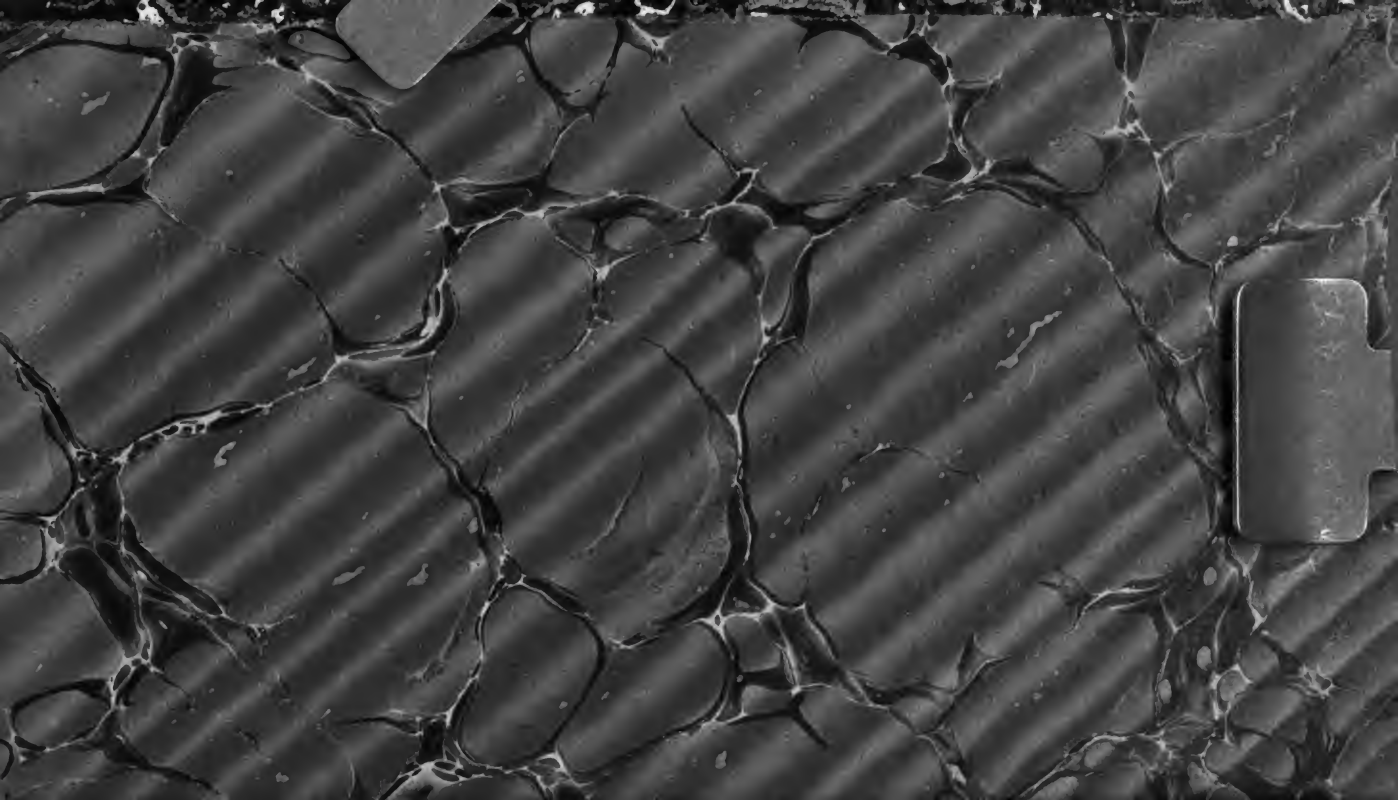
Digitized by Google

Berlin, gedruckt bei L. W. Krause.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google



Digitized by Google